

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI**

HAPİS CEZASINA SEÇENEK YAPTIRIMLAR

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Mehmet MADEN

058259502

Tez Danışmanı

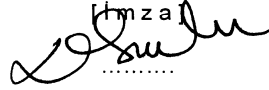
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Ankara- 2012

ONAY

Mehmet MADEN tarafından hazırlanan "Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlımlar" başlıklı bu çalışma, 23/01/2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalında doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

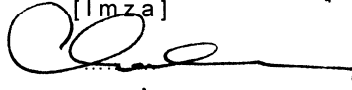
[İmza]



[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

Prof. Dr. Oğuz Soyarslan

[İmza]



[Unvanı, Adı ve Soyadı]

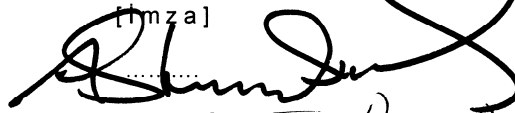
Prof. Dr. Cenk Selim

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. Adem Sızuel

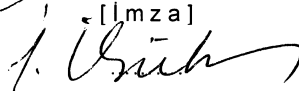
[İmza]



[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. Mehmet Ergenç

[İmza]



[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. İlhan Üzümcü

BU TEZ, TÜBİTAK DOKTORA YURT DIŞI ARAŞTIRMA BURSUYLA YAZILMIŐTIR

ÖNSÖZ

Bu tezin temelinde, TÜBİTAK doktora yurt dışı araştırma bursuyla ve Gazi Üniversitesi'nin katkısıyla Cambridge Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü'nde yapılan çalışmalar yatmaktadır.

Tez danışmanım, önemli aşamalarda desteğini gördüğüm hocam Prof. Dr. Cumhur Şahin'e; değerli görüşleriyle çalışmamızı yönlendiren Prof. Dr. İzzet Özgenç'e; yine çalışmamızda katkıları bulunan Prof. Dr. Doğan Soyaslan'a, Prof. Dr. Adem Sözüer'e, Doç. Dr. İlhan Üzümez'e, Doç. Dr. Mustafa Tören Yücel'e ve Yrd. Doç. Dr. Neslihan Göktürk'e; çalışmamızın önceki halini okuyarak geri bildirimde bulunan Arş. Gör. Ali Şahin Kılıç'a ve Arş. Gör. İsmail Köküsarı'ya; çalışma yükümü hafifleterek tezime ilişkin zaman ayırmamı kolaylaŐtıran, başta Ahmet Hulusi Akkaş olmak üzere, araştırma görevlisi kürsüdaŐları Osman Gazi Ünal'a, Fatma Umay Genç'e, Burcu Baytemir'e ve Fatih Yurtlu'ya; desteklerini esirgemeyen Arş. Gör. Belin Köroğlu'na, Arş. Gör. Nurullah Bal'a ve Arş. Gör. Vakkas Yeğrim'e; bana çalışma Őevki veren Ahmet Tuna Altınöz'e; İngiltere'de yardımlarını gördüğüm Prof. Anthony Bottoms'a ve Prof. Mike Nellis'e teŐekkür ederim. Hocam Prof. Dr. İhsan Erdoğan'a ayrıca teŐekkür ederim.

Bana bir harf dahi öğreten herkese; Milletime; annem Neriman Maden'e; babam Abdulkadir Maden'e; ağabeyim Fahri Maden'e; kardeŐim Nurrettin Çağrı Maden'e; bu teze ilişkin çalışmalarımın belki en yakın Őahidi olan eŐim Dilek Maden'e; bazen tezimle ilgilenmek için kendileriyle oynayamadığım oyun çağındaki evlatlarım Neriman ve Mehmet Yiğit'e bilhassa teŐekkür ederim.

Çalışmanın, tefekküre hizmet etmesini temenni ederim.

Mehmet Maden
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇLAR BAKIMINDAN	
ONARICI ADALET YAPTIRIMI VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN	
CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI	
I. GENEL OLARAK.....	5
II. CAYDIRMA	9
A. Genel Olarak Caydırma Yaklaşımı	9
1. Ferdî Caydırma	10
2. Umumî Caydırma	11
3. Göreli Caydırma	12
4. Kısmî Caydırma.....	12
B. Caydırma Teorisinin Eleştirisi	13
III. OLANAKSIZLAŞTIRMA	21
A. Genel Olarak Olanaksızlaştırma Teorisi	21
B. Olanaksızlaştırma Teorisinin Eleştirisi	23
IV. ISLÂH.....	26
V. REHABİLİTASYON	27
A. Genel Olarak Rehabilitasyon Yaklaşımı	27
B. Rehabilitasyon Yaklaşımının Eleştirisi	30
VI. KARŞILIĞINI VERME	36
A. Genel Olarak Karşılığını Verme Yaklaşımı	36
B. Karşılığını Verme Yaklaşımının Eleştirisi.....	42
VII. DÜZELTME ve ONARMA	46
A. Genel Olarak Düzeltme Yaklaşımı.....	46
B. Düzeltme Yaklaşımının Eleştirisi	48
VIII. SOSYAL TEORİLER.....	51
IX. CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇ BAKIMINDAN TÜRK HUKUKU	52
X. CEZANIN ESASI ve CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇ KONUSUNDAKİ	
GÖRÜŞÜMÜZ: BÜTÜNCÜL TEORİ.....	57
A. Ceza, Suç Karşılığında Verilen Tabîî Bir Tepkidir.....	57

B. Cezalandırmaktaki Genel Amaç İyiliğin Hâkim Kılınmasıdır	61
C. Ceza, Haksızlığın Tasvip Edilmeyişinin Bir İfadesidir ve Bu Tasvip Etmeyişin Bir İfade Biçimidir	61
D. Cezanın Ölçüsünü Belirlemede Kusur Etkilidir	62
E. Cezanın İnfazında Suçlunun Islâhı Amaçlanır	63
XI. BÜTÜNCÜL TEORİDE KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARI İLE ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ MUKAYESESİ.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ CEZA ADALETİ SİSTEMİNDEKİ YERİ

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE KAPSAM.....	72
Tablo 1: “Hapis Cezasına Seçenekler” İçerisinde “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” ve “Hapis Cezasının İnfazına Seçenekler”	77
II. ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE	78
İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ.....	78
HUKUKİ NİTELİĞİ.....	78
A. Müeyyide, Yaptırım, Güvenlik Tedbiri ve Ceza.....	78
1. Müeyyide ve Yaptırım Kavramları	78
2. Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Niteliği: İkameli (Geçişli)_(Dönüşümlü) Yaptırım.....	80
3. Güvenlik Tedbiri Kavramı	85
4. Ceza Kavramı ve Cezanın Nitelikleri	87
a. Ceza Kavramı	87
b. Cezanın Nitelikleri.....	88
(1) Ceza, Suçun Karşılığıdır	88
(2) Ceza, Olumsuz Bir Değer Yargısı İçerir	88
(3) Ceza, Yoksun Kılıcı Niteliğe Sahiptir	88
(4) Ceza, Kasıtlı Bir Uygulamadır ve Bir Sebep için Uygulanır... ..	89
(5) Ceza, Zecrîdir	90
5. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin Ortak Yönleri.....	90
a. Zecrîlik Bakımından	90
b. Kanunîlik İlkesi Bakımından.....	91
c. Bir Suç İşlendikten Sonra Uygulanma Bakımından.....	91

6. Cezalar ile Güvenlik Tedbirlerinin Benzer Yönü: Konu Bakımından	92
7. Cezalar ile Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklar.....	92
a. Amaç Bakımından	92
b. Öz Bakımından	93
c. Kusur İlişkisi Bakımından	94
d. Süre Tayini Bakımından	95
e. İnfaz Rejimi Bakımından	95
f. Karar Veren Mercii Bakımından.....	96
B. Türk Ceza Kanunu'nda "Seçenek Tedbirler" Adıyla Düzenlenen Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Hukuki Niteliği	96
1. Genel Olarak "Seçenek Tedbirler"	96
2. Düzenlenişleri İtibarıyla Ceza Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları..	104
3. Düzenlenişi İtibarıyla Tedbir Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımı	108
4. Düzenlenişi İtibarıyla Onarıcı Adalet Yaptırımı Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan İkameli Yaptırım.....	112
II. ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ CEZA ADALETİ SİSTEMİNDEKİ ÜST KATEGORİLERİ.....	114
A. Hapsetme Harici Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları	114
B. Hapis Cezasının Sakıncalarını Gidermeye Yönelik Kurum Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları.....	114
C. Yaptırımın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Aracı Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları.....	115
1. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kavramları	115
2. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Cezanın İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Uygulaması Arasındaki İlişki ve Türk Ceza Adaleti Sisteminde Bu Kurumların Uyumlaştırılması için Önerilerimizi Barındıran "Kademeli Sistem"	119
a. Mer'i Ceza Hukuku Sistemimizdeki Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Tatbiki Müesseselerinin Mukayesesi	119
(1) Nitelik Bakımından.....	119

(2) Objektif Koşullar Bakımından.....	124
(3) Sübjektif Koşullar Bakımından	130
(4) Uygulama Bakımından	131
(5) Hukukî Sonuçlar Bakımından	134
i. Genel Olarak.....	134
ii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilen Şekilde Geçirilme Hâli	134
iii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilmeyen Hususların Gerçekleşmesi Hâli	137
Tablo 2: Mer’i Ceza Hukuku Sistemimizdeki Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Tatbiki Müesseselerinin Mukayesesi.....	139
Tablo 3: Kademeli Yaptırım Sistemi.....	144
b. “Kademeli Yaptırım Sistemi”	146
(1) Genel Olarak Kademeli Yaptırım Sistemi.....	146
(2) Nitelik Bakımından.....	147
(3) Objektif Koşullar Bakımından.....	147
(4) Sübjektif Koşullar Bakımından	148
(5) Uygulama Bakımından	149
(6) Hukukî Sonuçlar Bakımından	151
i. Hukuk Düzeninde Arzu Edilen Şekilde Geçirilme Hâli	151
ii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilmeyen Hususların Gerçekleşmesi Hâli	152
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ TAYİNLERİ VE TÜRLERİ	
I. SEÇENEK YAPTIRIMA ÇEVİRME ŞARTLARI	154
A. Genel Olarak	154
B. Objektif Şartlar.....	159
C. Sübjektif Şartlar.....	163
D. Seçenek Yaptırıma Çevirme Yasağı	168
E. Seçenek Yaptırıma Çevirme Zorunluluğu.....	176
1. Genel Şart: Daha Önce Hapis Cezasına Mahkûm Edilmemiş Olmak	176
2. Mahkûm Olunan Hapis Cezasına Göre Zorunlu Çevirme	178
3. Yaşa Bağlı Olarak Zorunlu Çevirme.....	179
F. İngiltere ve Galler’de Yaptırımın Belirlenmesi.....	180

1. Yaptırım Türünün Belirlenmesi	180
2. Yaptırımın Şiddetinin Belirlenmesi.....	181
a. Genel Olarak.....	181
b. Şiddetine Göre Yaptırım Aralıkları	182
(1) Düşük Ölçekli Yaptırımlar	182
(2) Orta Ölçekli Yaptırımlar.....	183
(3) Yüksek Ölçekli Yaptırımlar.....	184
II. SEÇENEK YAPTIRIM HÜKMÜNÜN HUKUKÎ SONUÇLARI	185
A. Yaptırımın Koşullarına Uygun Davranılması Halinde Hukukî Sonuçlar	185
B. Yaptırımın Koşullarına Aykırılık Halinde Hukukî Sonuçlar	186
C. Yükümlülüklerin İhlâline İngiltere’de Bağlanan Hukukî Sonuçlar	192
1. İngiltere’de Yükümlülüklerin İhlâliyle İlgili Olarak Sorumlu Görevlinin Yapacağı İşlemler	192
a. Uyarıda Bulunma	192
b. Uyarı Yapıldıktan Sonra Gerçekleşen İhlâl	192
2. İngiltere’de Yükümlülüklerin İhlâli Hâlinde Hâkimin veya Mahkemenin Yapacağı İşlemler	193
a. Suçlunun Hazır Bulunmasından Önceki İşlemler.....	193
b. Suçlunun Hazır Bulunmasından Sonraki İşlemler.....	193
(1) Hükmün şartlarını, o anda hükmü veriyor olsaydı hükme koyabileceği daha külfetli yükümlülükler öngörecektir şekilde değiştirmek	194
(2) Orijinal suç için hüküm kurar gibi hüküm kurmak.....	195
(3) 51 Haftaya Kadar Hapis Cezası Vermek	195
III. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİ	197
A. Genel Olarak	197
B. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (TCK, m. 50/1-b).....	198
C. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (TCK, m. 50/1-c)	202
D. Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (TCK, m. 50/1-d).....	207
E. Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (TCK, m. 50/1-e)	210
F. Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (TCK, m. 50/1-f)	214
G. Belirli Faaliyette Bulundurma	226

1. İkâmet Mecburiyeti	228
2. Program Yükümlülüğü.....	228
3. “Devam Merkezi” Yükümlülüğü	229
4. Nezaret.....	230
Ğ. Belirli Zaman Dilimlerinde Belirli Yerde Kalma Yükümlülüğü	230
SONUÇ	232
KAYNAKLAR	249
ÖZET	258
ABSTRACT	259

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

a.g.e.: Adı geçen eser

a.g.m.: Adı geçen makale

AYM: Anayasa Mahkemesi

AYMKD: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi

bkz.: Bakınız

C.: Cilt

CAY: Ceza Adaleti Yasası (İngiltere ve Galler)

CD.: Ceza Dairesi

CGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

CGTİHK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CİK: Ceza İnfaz Kanunu

CİT: Ceza İnfaz Tüzüğü

CM.: Ceza Mahkemesi

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

dn.: Dipnot

DSYMKKK: Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu

E.: Esas numarası

ed.: Editör/editörler

h.a.g.b.: Hükümün açıklanmasının geri bırakılması

K.: Karar numarası

Krş.: Karşılaştırınız

m: Madde

No.: Numarası

no.: Numara

para.: Paragraf/paragraflar

RG.: Resmi Gazete

S.: Sayı

s.: Sayfa

SGC: Sentencing Guidelines Council (İngiltere ve Galler)

ss.: Sayfalar

sy.: Sayılı

T.: Tarih

TCK: Türk Ceza Kanunu

TMK: Terörle Mücadele Kanunu

vd: ve diğerleri, ve devamı

Y.: Yıl

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

YKD.: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

“Hapis cezasına seçenekler” konusu, muhtelif tartışmaları beraberinde getiren bir konudur. Öncelikle, bu seçeneklerin yerindeliliğine ilişkin bir tartışma mevcuttur. Bu tartışma, dar çerçevede, cezalandırmadaki amaçla ve ceza sisteminin meşruiyet sebepleriyle; geniş çerçevede ise devletin meşruiyet sebepleriyle ve bununla ilgili olarak, devletin görevleriyle ilgilidir. Raynor’ın belirttiği gibi, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının tarihi, ceza adalet sisteminin amaçlarına, cezai yaptırımların işlevine ve etkilerine ilişkin düşüncelerdeki değişimler tarafından şekillendirilmiştir.¹

Konuyla ilgili bir başka tartışma konusu ise, belirtilen seçeneklerin hukukî nitelikleriyle ilgilidir. Öyle ki, bu seçenekler, “ceza” mı, “güvenlik tedbiri” mi, “onarıcı adalet yaptırımı” mı, “kendine özgü tedbir” mi, “şart” mı veya “yükümlülük” müdür? Pek tabii ki bu tartışma, bunların genel anlamda birer yaptırım olup olmadıklarıyla ilgilidir. Yaptırım ile müeyyide kavramları arasında bir ayırım yapmanın mümkün olup olmadığı, konuyla ilgili bir başka meseledir.

Seçenek yaptırımların hukukî niteliklerinin tespiti yapılırsa bile, bir diğer sorun, bu yaptırımların, uygulayıcılar ve toplum tarafından nasıl algılandığıdır.²

Diğer taraftan, cezalandırmadaki amaç meselesi ve belirtilen seçeneklerin yaptırım sayılıp sayılmayacakları, kusur ilkesinden bağımsız olarak düşünülemez. Görüldüğü üzere, “hapis cezasına seçenekler” konusu, ceza hukukunun temel müesseseleriyle yakından ilgilidir.

Özelde cezalandırmanın, genelde ise yaptırım tatbikinin, mahkemelerin tek taraflı kararlarıyla belirlenen süreçler olduğu düşüncesinin değişmekte olup olmadığı, bir başka meseledir.³

¹ Peter Raynor, “Community penalties: probation, ‘What Works’, and offender management”, **The Oxford Handbook of Criminology**, Ed.: Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, 4th edition, New York, Oxford University Press, 2007, ss. 1061-1099, s. 1066.

² Alıcı, Belçika’da yargılama organının, çalışma cezasını “ceza” olarak kabul etmiş olduğunu bildirmiştir: Burhan Alıcı, “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Temmuz 2011, S. 3, ss. 131-164, s. 161.

Özellikle onarıcı adalet yaptırımıyla ilgili olarak, bu yaptırımın şu anda alışılmış olan ceza hukuku yaptırımlarından farklılık arz ettiği; diğer taraftan, alışılmış olan özel hukuk yaptırımlarına benzerlik taşıdığı; böylece, ceza hukukunun kamu hukukunun alt dalı sayılmasında esnemeler mi görüldüğü ise bir diğer meseledir.

Aslında, yukarıdaki tartışma, Anglo Amerikan ceza adaleti sisteminin, Kıta Avrupası ceza adaleti sistemine tesirleriyle de ilgilidir.

Bunların yanında, bu seçeneklerin ekonomisiyle ilgili tartışmaları da hatırdan uzak tutmamak gerekir.

Ülkemizde, hapis cezasına seçenek yaptırımların hem hukukî düzenlenişinde hem de uygulanmasında sorunlar olduğu düşünülmektedir.

“Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” isimli bu çalışma, bir kriminoloji tezi olmaktan çok bir yaptırım teorisi ve yaptırım hukuku tezidir. Çalışmada, seçenek yaptırımlar, esas itibarıyla, yetişkin suçlular bakımından ele alınmıştır. Bu tezin konusu, genel itibarıyla “hapis cezasına seçenek yaptırımlar”; özelde ise ikameli yaptırımlardır. Birer seçenek yaptırım olan ikameli yaptırımlar, “onarıcı adalet yaptırımı” ile “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”ndan müteşekkildir. Böylece, adlî para cezası, tezimizin genel konusu içerisine girmekle birlikte, özel konusunun dışında kalmaktadır. “Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (TCK, m. 50/1-b), “onarıcı adalet yaptırımı”dır. TCK’nın “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlıklı 50 nci maddesinde, “seçenek tedbirler” olarak adlandırılmış yaptırımlardan, “onarıcı adalet yaptırımı” olarak kabul ettiğimiz “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) dışındaki yaptırımlar, “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”dır. Böylece, TCK’daki toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları; “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c), “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri

³ Bkz.: Georg Mikusch, Arno Pilgram, “Community Sanctions and Measures (CSMs) in Austria”, Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 13-41, s., 15.

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) dır. TCK'nın 50 nci maddesinde sayılan toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları arasında yer verilmemiş olan “belirli faaliyette bulundurma” ve “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde kalma” yaptırımları da tezimizin inceleme konuları arasındadır.

Tezimiz, üç bölümden müteşekkildir. Birinci bölüm'de, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, cezalandırmadaki amaçlar bakımından incelenmiştir. Cezalandırmadaki amaca ilişkin olarak, caydırma, olanaksızlaştırma, ıslâh, rehabilitasyon, karşılığını verme, düzeltme, onarma teorileri ve sosyal teoriler, eleştirileriyle birlikte sunulmaya çalışılmış ve Türk hukuku, cezalandırmadaki amaç bakımından incelenmiştir. Cezalandırmanın esasına ve cezalandırmadaki amaca ilişkin görüşlerimiz, “bütüncül teori” adı altında toplanmaya çalışılmıştır. Böylece, Türk ceza hukuku çalışmalarında üzerinde pek durulmamış olan “cezalandırmadaki amaç” bahsi konusunda, toparlayıcı bir görüş ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Birinci bölüm, bütüncül teoride kısa süreli hapis cezaları ile onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının cezalandırmadaki amaçlar ve cezanın sahip olması gereken nitelikler bakımından mukayesesıyla nihayetlendirilmektedir.

İkinci bölüm'de, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ceza adaleti sistemindeki yeri araştırılmıştır. Bu bölüm'de, öncelikle kavramsal çerçeve sunulmaya çalışılmış, ardından, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu çaba, müeyyide, yaptırım, güvenlik tedbiri ve ceza kavramlarının tanımlanmasını ve münasebetlerinin incelenmesini gerektirmiş, ardından, Türk ceza hukukunda “seçenek tedbirler” adıyla düzenlenen onarıcı adalet yaptırımı ile toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının hukuki nitelikleri, teker teker belirlenmeye çalışılmıştır. Onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ceza adaleti sistemindeki üst katego-

rileri, ikinci bölümün bir diğer temel konusunu teşkil etmektedir. Bu kategorilere ilişkin tespitlerden sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın infazının ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması arasındaki ilişki araştırılmış; belirtilen kurumlar, nitelikleri, objektif ve sübjektif koşulları, uygulamaları ve hukukî sonuçları bakımından mukayese edilmiş ve Türk ceza adaleti sisteminde bu kurumların uyumlulaştırılması için önerilerimizi barındıran “kademeli yaptırım sistemi” izah edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü Bölüm, “Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Tayinleri ve Türleri” başlığını taşımaktadır. Bu bölüm’de, ilk olarak, seçenek yaptırımlara ilişkin genel bilgilerin verilmesinin ardından, belirtilen yaptırımların objektif ve sübjektif şartları ile seçenek yaptırıma çevirmenin yasak ve zorunlu olduğu hâller incelenmiş; İngiltere ve Galler’de yaptırım türünün ve şiddetinin belirlenmesine ilişkin tespitler yapılmıştır. Üçüncü Bölüm’ün diğer bir temel konusu olarak “Seçenek Yaptırım Hükmünün Hukukî Sonuçları” incelendikten sonra, bir diğer temel konu olarak, “Seçenek Yaptırım Türleri”ne geçilmiştir. Seçenek yaptırımların türlerine ilişkin genel bilgilerin verilmesinden sonra, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi”, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme”, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”, “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”, “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma”, “belirli faaliyette bulundurma” yaptırımlarına, “ikâmet mecburiyeti”ne, “program yükümlülüğü”ne, “devam merkezi yükümlülüğü”ne, “nezaret”e ve “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde kalma yükümlülüğü”ne yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇLAR BAKIMINDAN
ONARICI ADALET YAPTIRIMI VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN
CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI

I. GENEL OLARAK

Cezalandırmaktaki amaç meselesi üzerinde durmak, cezanın ne olduğuyla ve nasıl olması gerektiğiyle ilgilidir. Bir kavram olarak “ikame rım”⁴ın isabetle seçilip seçilmediği; başka bir anlatımla, ikame yaptırımların, cezayı ikame edip edemeyecekleri, yukarıdaki soruların cevabı hakkında fikir sahibi olunmasıyla anlaşılabilir. Çetin, eserinde şu ifadelerle yer verir:

“bir şeye şekil veren şey, onun hangi amaçla yapıldığıdır. Cezalandırmanın amacı anlaşıldığı zaman veya ortaya konulduğu zaman, bu eksen veya ölçüt, cezanın şekillerini, bir başka anlatımla, cezalandırmanın türlerinin de neler olması gerektiği hususunda yol gösterici bir ölçüt olarak değerlendirilecektir.”⁵

Cezalandırmaktaki amaca ilişkin teorileri, neticeci teoriler ve neticeci olmayan teoriler olmak üzere tasnif etmek mümkündür. Neticeci teoriler; cezanın, uygulandıktan sonra bir iyilik/fayda doğuracağı gerekçesiyle haklılaştırılabileceği savındadır. Bu bakımdan, neticeci teoriler, “araççı” veya “faydacı” teoriler olarak da adlandırılmaktadır. Neticeci yaklaşımla hareket edenlerin cezalandırmaktaki amacı genellikle suç işleme oranlarının azaltılmasıdır ve bunun için “neticeci” ve “azaltmacı” kavramları çok defa ikameli olarak kullanılır.⁶

⁴ Kavramın açıklaması için bkz.: İkinci bölüm, “Kavramsal Çerçeve” başlığı altındaki açıklamalar.

⁵ Soner Hamza Çetin, **Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar (TCK m. 50)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, ss. 10-11.

⁶ Ian Brownlee, **Community Punishment A Critical Introduction**, Addison Wesley Longman, 1998, s. 35. Halliday Raporunda da, cezalandırmaya temel teşkil edebilecek iki “uç” felsefe olarak, “müstahak olma” (desert) ve bazen “neticeci” olarak da ifade edildiği belirtilen “faydacı” felsefeler gösterilmektedir: Home Office (Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı), **Making**

Neticeci olmayan yaklaşımlar, yaygın olarak, “karşılığını verme” ile ifade edilir; karşılığın verilmesiyle birlikte faydacı neticelerin hâsıl olması, bu neticelerin hâsıl olmamasından daha iyidir, fakat bu faydacı neticeler, amaç veya meşruluk sebebi değildir; karşılığını verme yaklaşımının yalın halinde, ceza, ek olarak bir yarar getirmese bile, cezayı uygulama yönünde bir pozitif ödev olduğu için uygulanmalıdır; ceza, bir araçtan ibaret değildir.⁷ Bu ödevin nereden kaynaklandığı ise bu yaklaşımın taraftarları arasında bile tartışma konusudur.⁸ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı için hazırlanan “Halliday Raporu”nda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Müstahak olma”da, cezanın şiddetinin, suçun ve suçlunun kusurluluğunun ağırlığına göre tespit edilmesi; “oranlı” ve “mütenasip” olması gereği vurgulanır; “istikrarın arzulanan sonuçları, ve bundan dolayı hakkaniyet ve adalet, bu modelde başta gelir”.⁹

Neticeci yaklaşımların ve neticeci olmayan yaklaşımların isabetli bulunan yönlerinden müteşekkil teoriler de bulunmaktadır. Bu teoriler, doktrinde, karma teoriler olarak adlandırılır. Aşağıda, “bütüncül teori” başlığı altında tekrar değinileceği üzere, “karma” kelimesi, iki unsurun mezcedilmesini ifade etmekle, kendisinden önce bulunan iki unsura işaret eder. Duruma tersinden bakıldığında ise, aslında, -“karma” teoriler de dahil olmak üzere- teoriler bir bütünün çözümleme çalışmalarıdır. Bu bakımdan, bizim isabetli bulduğumuz ve aşağıda açıklanacak olan bütüncül teorinin karma teori olarak adlandırılması, gerçeği yansıtmamaktadır.

Punishments Work Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales, July 2001 (Halliday Raporu), s. 163. Halliday Raporu’nda savunulan felsefe, faydacı hedeflerin, “oranlı ceza üzerine kurulu sınırlar içerisinde” izlendiği, “sınırlanmış karşılığını verme”dir. Bu düşünce, yukarıdaki iki felsefenin “arasında bir yerde durur ve ikisinin unsurlarından da barındırır”: **Halliday Raporu**, s. 163.

⁷ Brownlee, **a.g.e.**, s. 37

⁸ J. Cottingham, “Varieties of Retribution”, **Philosophical Quarterly**, 29, ss. 238-246, 1979’a ve R. A. Duff, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment, **Crime and Justice: An Annual Review**, Vol. 20, Chicago: University of Chicago Press, 1996: Section III’e atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 37.

⁹ **Halliday Raporu**, s. 163.

Eskiden beri, hapis cezası dışındaki alternatifleri, neticeci yaklaşımlarla haklılaştırma eğilimi vardır.¹⁰ Neticeci yaklaşımlar, ortaya konulabilir hedeflere odaklanmakla, her zaman karşı deliller tarafından boşa çıkarılma riski taşırlar.¹¹ Neticeci yaklaşımlar içerisinde yer alan “rehabilitasyon” yaklaşımı da, revaçta olduğu zamandan sonra, bu yaklaşımın tekrar suç işleme oranları üzerindeki etkilerine yönelik araştırmalarla, 1970’lerde “hiçbir şey işe yaramıyor”^{*} dönemine girmiştir.¹² Sonradan, daha gelişmiş araştırmalarla bu dönemin etkileri kısmen kırılrsa da, rehabilitasyon programlarının olumlu etkisi konusundaki yaygın şüphe devam eder.¹³ Brownlee, bir cezanın başka bir cezaya tercih edilmesini neticeci yaklaşımlarla izah edenlerde karşılaşılabilecek iki eğilimden bahseder: “Hedef sınırlaması” olarak adlandırılacak ve belirli bir yaklaşımın belirli bazı suçlular için ve belirli bazı şartlar altında sonuç verebileceğini vurgulama yönündeki eğilim ve “hedef eklemesi” olarak adlandırılacak ve nispeten daha fazla suç merkezli kriterler yanında başka bazı kazanımları (suçlunun özalgısında, sosyal kabiliyetlerinde veya para kazanma kapasitesindeki gelişim gibi) vurgulama yönündeki eğilim.¹⁴ Ancak, bu eğilimler herkes için geçerli değildir ve “yeni rehabilitasyon”¹⁵ un iddiaları, azınlıkta kalsa da dillendirilmektedir.

Hapis cezası dışındaki alternatifleri neticeci yaklaşımlarla temellendirme/haklılaştırma yönünde yukarıda belirttiğimiz gibi bir eğilim bulunsa da bu

¹⁰ Brownlee, **a.g.e.**, s. 50.

¹¹ A. E. Bottoms, S. Stevenson, “What Went Wrong? Criminal Justice Policy in England and Wales, 1945-70”, in D. Downes, **Unravelling Criminal Justice**, Basingstoke: Macmillan, 1992:22’ye atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 51.

* “nothing works”

¹² Brownlee, **a.g.e.**, s. 51; Brownlee, “hiçbirşeyin başka herhangi bir şeyden daha fazla işe yaradığı ortaya konulamaz” ifadesinin, kanaati, “hiçbirşey işe yaramıyor” ifadesinden daha iyi tanımlayacağını ifade eder.

¹³ Brownlee, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁴ G. McIvor, **Sentenced to Serve: The Operation and Impact of Community Service by Offenders**, Aldershot: Avebury, 1992’ye, G. McIvor, (1993) “Community Service by Offenders: How Much Does the Community Benefit?”, **Social Work Practice**, 3, ss. 385-403’e ve P. Raynor, D. Smith, M. Vanstone, **Effective Probation Practice**, Basingstone: Macmillan, 1994, ss. 77-84’e atıfta bulunan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁵ Brownlee, bu kavramın, rehabilitasyon idealinin eski ve gözden düşen şeklinden farklılığı belirtmek için kullanıldığını belirtir: F. Cullen, K. Gilbert, **Reaffirming Rehabilitation**, Cincinnati: Anderson, 1982’ye atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 53.

alternatiflerin neticeci olmayan yaklaşımlarla temellendirilmesinde/gerekçelendirilmesinde, en azından teorik olarak, bir sorun yoktur.¹⁶ Von Hirsch/Wasik'in belirttiği gibi, "müstahak olma"^{**} rasyoneli, cezaların türüne değil, onların şiddetine ilişkindir.¹⁷ Von Hirsch, toplum içerisinde cezalandırmanın temellendirilmesinde, eğer cezaların takdirinde aşırıya kaçılması önlenmek isteniyorsa, neticeci olmayan prensiplere, özellikle de oranlılık ilkesine başvurulmasının sadece kullanışlı değil aynı zamanda gerekli de olduğunu belirtmektedir.¹⁸

¹⁶ P. Robinson, "Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions", **Northwestern University Law Review**, 82, ss. 19-42, 1987'ye; M. Wasik, A. von Hirsch, "Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert", **Criminal Law Review**, 555, 1988, s. 558'e ve von Hirsch, "Scaling Intermediate Punishments: A Comparison of Two Models", in. Byrne v.d. (ed.), 1992'ye ve von Hirsch, **Censure and Sanctions**, Oxford Clarendon Press, 1993, s. 59'a atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 54. Böylece, mutlak ceza (kefaret ve adalet) teorileri bakımından "ileriye yönelik bir fonksiyon beklenemeyeceği" düşüncesinde olan Çetin'in, "[m]utlak ceza teorileri içerisinde seçenek yaptırımların da olabileceğini söylemeye imkân bulunma[dığı]" yönündeki görüşüne (Çetin, **a.g.e.**, ss. 16-17) katılmamaktayız. Zira, birincisi, yukarıda değinildiği üzere, bu teoriler bakımından "ileriye yönelik bir fonksiyon" meşruluk sebebi olmasa da, böyle bir fonksiyonun da bulunması, cezanın uygulanmasında bu teorinin benimsenmiş olmasına engel teşkil etmeyeceği görüşündeyiz. İkincisi, bir seçenek yaptırımın ceza olarak kabul edilmesi halinde kendisine mutlak ceza teorisi içerisinde yer bulmasına engel olmadığı kanaatindeyiz.

^{**} "desert"

¹⁷ Andrew Von Hirsch, Martin Wasik, "Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert", **The Criminal Law Review**, September 1988, ss. 555-572, s. 557. Ayrıca; Robinson, 1987'ye, Wasik ve von Hirsch 1988, s. 558'e ve von Hirsch, 1992'ye ve von Hirsch, 1993, s. 59'a atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 54. Tonry ise, ceza için "tam paylar" ("just deserts") rasyonelinin geniş kabul görmesinin ve bununla yan yana olan, cezanın şiddetinin suçun ağırlığına göre doğrudan değişmesi düşüncesinin, ABD'de toplum içerisinde infaz edilen cezaların gelişiminin önünde bir engel olarak görmüştür: Michael Tonry, "Community Penalties in the United States", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 551-571, s. 563.

¹⁸ Von Hirsch 1992, ss. 220-221'e atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 54.

II. CAYDIRMA

A. Genel Olarak Caydırma Yaklaşımı

İleriye yönelik bir teori olan caydırma teorisi, cezanın önleyici sonuçlarıyla ilgili olduğu için neticeci teoriler arasında sayılabilir.¹⁹

Caydırma, insanların, suç işlemleri hâlinde maruz kalacakları cezalardan endişe etmeleri; korkmaları sebebiyle suç işlemekten geri durmalarıyla ilgilidir.²⁰ Tehdit ve korku unsurları üzerine yaslanması, caydırmayı, kendisi gibi önleyici teoriler arasında sayılan rehabilitasyondan ve olanaksızlaştırma-
dan* ayırır.²¹ Ceza uygulamasının, sert, kesin ve seri olması halinde, cezanın caydırıcı etkisinin daha kuvvetli olmasının bekleneceği belirtilmiştir.²² Cezaların, en çok, araçsal davranışlar (bilinçli bir şekilde belirli amaçlara yönelik davranışlar) ve sapmaya bir geçim vasıtası olarak bağlılığı düşük olan potansiyel suçlular (örneğin profesyonel olmayan suçlular) bakımından etkili olduğu, yaygın biçimde kabul edilir.²³

Caydırıcılık, insan davranışına rasyonel bir bakışın üzerine kuruludur ki bu bakışa göre; fertler, özendirici ve itici etkenlere göre, alternatif davranış şekilleri içerisinde özgürce seçim yaparlar²⁴. Suça ve cezaya ilişkin bu klasik yorum açısından, sorunlara suç işleyerek çözüm aramak, bu çözümlerin muhtemel götürüsü, beklenen yararlarını aştığında, cazip değildir ve seri,

¹⁹ Andrew Ashworth, **Sentencing and Criminal Justice**, Cambridge University Press, 2007, s. 75; Michael Cavadino, James Dignan, **The Penal System: An Introduction**, Sage, 2007, s. 37. Dönmezer/Erman, cezalandırmanın amacı konusunu iki esas akım içerisinde incelemenin mümkün olduğunu belirtirler: Cezanın geçmişe veya geleceğe yönelik olduğuna ilişkin akımlar: Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 559. Aynı yönde: Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Dokuzuncu baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003, ss. 210-211.

²⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37; Anthony Bottoms, “Empirical research relevant to sentencing frameworks”, **Alternatives to Prison Options for an insecure society**, (ed.: Anthony Bottoms, Sue Rex, Gwen Robinson), Willan Publishing, 2004, ss. 59-82, s. 63.

* “incapacitation”

²¹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

²² Terance D. Miethe, Hong Lu, **Punishment: A Comparative Historical Perspective**, Cambridge University Press, 2005, s. 20.

²³ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20.

²⁴ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20; Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

kesin ve sert yaptırımlar, sapma eğilimine ket vuran götürüler olarak kabul edilir²⁵. Cezanın türü önemli değildir; parasal, informel, olanaksızlaştırıcı, bedenî vs. olan ceza, sert, kesin ve seri bir yaptırım olduğuna inanıldığı sürece caydırma potansiyeline sahiptir.²⁶

Caydırma teorisini, ferdî (özel) ve umumî caydırma olmak üzere iki alt başlık altında incelemek de mümkün olmakla birlikte²⁷; dörtlü ayırımın daha açıklayıcı olacağını düşünmekteyiz. Buna göre caydırma; ferdî caydırma; umumî caydırma; görelî caydırma ve kısmî caydırma olmak üzere tasnif edilebilir.²⁸

1. Ferdî Caydırma

Ferdî caydırıcılık, cezalandırılmış olan suçlunun, benzer cezaya çarptırılmaktan çekinerek bir daha suç işlememesini ifade eder.²⁹ Cezanın ferdî caydırıcılık değerinin ölçülmesinde, tekrar suç işleme oranları, sıklıkla kullanılır.³⁰ Cezanın miktarı, kusura göre değil, failin yeniden sosyalleşmesi için ihtiyaç duyulan ölçüye göre belirlenir.³¹ Cezanın asıl belirleyicisi, suçun ağırlığı değil; failin tekrar suç işleme eğilimidir.³² Böylece, ferdî caydırma teorisinin ağır bastığı bir sistemin, devamlı suç işleyenlerin cezalarının ağırlaştırılmasını benimsemesi muhtemeldir.³³

²⁵ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20. Ayrıca bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

²⁶ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20.

²⁷ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37 vd.

²⁸ Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 20-21.

²⁹ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37; Ashworth, **a.g.e.**, s. 75; Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20; Bottoms, **a.g.m.**, s. 63.

³⁰ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20.

³¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 828.

³² Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

³³ Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

2. Umumî Caydırma

Umumî caydırma teorisi, ferdî caydırma teorisinin aksine, suçlu dışındaki kimselerin suç işlememelerinin temin edilmesiyle ilgilidir.³⁴ Suç oranlarının, zamana ve değişik yargılama bölgelerine göre karşılaştırılması, cezanın umumî caydırıcılık değerinin ölçülmesinde, mutata olarak kullanılır.³⁵

Bir ceza sisteminin genel caydırma etkisi ile, bir suçluya somut olarak uygulanan bir cezanın genel caydırıcılık değeri ayrı ayrı incelenmektedir. Cavadino/Dignan, ikincisinin genel caydırıcılığa etkisinin küçük olduğunu belirtirler.³⁶

Faydacılık, umumî caydırma teorisinin bir ön koşulu olmamakla birlikte, bu teoriyi desteklemekte kullanılabilir bir akımdır³⁷. İlk defa Jeremy Bentham tarafından sistematik izaha tâbi tutulduğu belirtilen faydacı akıma göre, ahlâkî davranışlar, “en çok sayıda insanın en fazla mutluluğu”nu sağlayan davranışlardır³⁸. Bentham’a göre, aslında, bütün cezalar ıstırap vericidir ve cezadan imtina etmek gerekir. Ancak, cezalandırmayla elde edilmesi düşünülen fayda (umumî caydırma), suçluya verilen ıstırapa ağır basıyorsa ve aynı fayda, cezalandırıcı olmayan usullerle elde edilemiyorsa, ceza, meşrudur.³⁹ Böylece, cezalar, başkalarını böyle bir suçu işlemekten caydıracak ölçünün ne altında ne de üstünde olacak şekilde hesaplanmalıdır⁴⁰

Cezalandırmadaki amaçlar bahsinde genel önleme/özel önleme tarzındaki tasnifi uygun görenlerin, genel önlemeyi, negatif ve pozitif genel önleme olmak üzere ikiye ayırdıkları görülmektedir; negatif genel önlemenin korkutmak veya caydırmakla ilgili olmasına mukabil, pozitif genel önlemenin, kişilerde hukuk bilincinin, hukuka ve hukuk düzenine güvenin devamına ve güç-

³⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 75; Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21; Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 38.

³⁵ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

³⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 38.

³⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37.

³⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37.

³⁹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 75; ayrıca; Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37.

⁴⁰ Ashworth, **a.g.e.**, s. 75.

lenmesine hizmet ettiği belirtilmektedir.⁴¹ Böylece, pozitif genel önleme, “kanunda belirli bir ihlal karşılığında ceza tehdidine yer verilmesi ve somut olayda da cezaya hükmedilmesi suretiyle, toplumun temel değerlerinin herkesçe öğrenilmesi ve tekrar tekrar hatırlanması şeklinde gerçekleştirilir”⁴² Pozitif genel önlemede, cezalandırmadaki amaç, “ihlal edilen davranış normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir.”⁴³

3. Görelî Caydırma

Görelî caydırma, değişik ceza türlerinin veya bir cezanın değişik miktarlarının, ister umumî ister ferdî bakımdan, caydırma etkisi yönünden birbirleriyle mukayese edilmesiyle ilgilidir⁴⁴. Örneğin, belli bir suç açısından tekerrür oranları, para cezasının uygulanması hâlinde, hapis cezasının uygulanmasına nispetle daha yüksekse; hapis cezasının, bu suç için ferdî caydırıcılık bakımından görelî caydırma değerinin, para cezasına nispetle, daha fazla olduğu kabul edilir.⁴⁵ Benzer şekilde, değişik ceza türlerinin, genel caydırıcılık bakımından görelî caydırma değerleri karşılaştırılabilir.

4. Kısmî Caydırma

Kısmî caydırıcılık, yaptırım tehdidinin, hukuka uygun davranışa sevk etmese bile yine de bir caydırma değerinin olduğu durumlara ilişkindir.⁴⁶ Bir kişinin, cezasının ağırlığından korkarak, silâhlı yağma suçu yerine hırsızlık suçunu işlemesi buna örnek gösterilebilir.⁴⁷ Yine, ağırlaşan trafik cezalarıyla,

⁴¹ Bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 827; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s. 539.

⁴² Ahmet Caner Yenidünya, **Şartla Salıverme**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2002, ss. 83-84.

⁴³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 29. Bu eserin 4. basısına, “Özgenç, **4. bası**” şeklinde; 5. basısına, “Özgenç, **5. bası**” şeklinde; 6. basısına ise, “Özgenç, **6. bası**” şeklinde atıf yapılacaktır.

⁴⁴ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁵ Bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁶ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁷ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

eskiden hız limiti örneğin ortalama 20 km/saat aşılrken, yürürlüğe giren yeni kanunla ortalama 10 km/saat aşılyorsa, yeni cezaların kısmî caydırıcılığın-
dan söz edilebilir.⁴⁸

B. Caydırma Teorisinin Eleştirisi

Caydırma teorisinin etkinliğinin temellendirilebileceği olgusal verilerin yetersizliği belirtilmiştir.⁴⁹

Algılardaki yakalanma ihtimali artırıldığında, genel caydırıcılığın artabileceğini gösteren bazı sağlam delillerin olduğu, ancak daha şiddetli cezaların benimsenmesinin caydırıcılığı artıracağını gösteren az delil olduğu belirtilmiştir.⁵⁰ Bu bulgular, Beccaria'nın görüşlerini destekler niteliktedir:

“Hafif bile olsa bir cezanın kaçınılmaz bulunması, ondan yakayı sıyrmanın olanaksız olması, cezadan kurtulma umudunu veren daha acımasız ve ağır bir başka cezanın yarattığı korkudan her zaman daha büyük bir korku, bir etki doğuracaktır. Çünkü, ufak bile olsalar kötülükler/acılar kaçınılmaz olduklarında insanların ruhlarını her zaman ürpertirler. Oysa, Tanrı'nın armağanı olan umut, bizde sık sık her şeyin yerine geçer. Para hırsının ve zayıflığın etkisiyle çoğu zaman gündeme gelen cezadan kurtulma umudu bir kez güçlenmeye görsün, insanlar, o anda en büyük kötülükleri/acıları yaşama düşüncesinden uzaklaşırlar”⁵¹.

Kanaatimizce, Bottoms'ın, görelî caydırmaya ilişkin aşağıdaki ifadelerini, bir bütün olarak genel caydırıcılık için uygulamak mümkündür. Bottoms, bir cezanın şiddetinin artırılmasının genel caydırıcı etkide bulunabilmesi için, mantıken, beş önkoşulun birlikte gerçekleşmesi gerektiğini belirtir. Öncelikle, potansiyel suçluların, söz konusu suçun ortalama cezasının artırıldığı konu-

⁴⁸ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁹ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 76; Brownlee, **a.g.e.**, ss. 34 ve 36 (Brownlee, **a.g.e.**, s. 36'da, von Hirsch, Ashworth, **Principled Sentencing**, Boston: Northeastern University Press, 1992a: Bölüm 2'ye ve N. Walker, N. Padfield, **Sentencing: Law and Practice, Theory**, London: Butterworths, 1996: Bölüm 8'e atıfta bulunuyor).

⁵⁰ Bkz.: Bottoms, **a.g.e.**, ss. 63-66.

⁵¹ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (İtalyanca aslından çeviren: Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 2004, ss. 129-130.

sunda bilgi sahibi olması gerekir. İkinci olarak, artırılmış olan bu cezanın, suç işleme kararı sürecinde dikkate alınması gerekir. Üçüncüsü, potansiyel suçluların, ciddi bir yakalanma ihtimalinin bulunduğuna inanması gerekir. Dördüncü olarak, potansiyel suçluların, yakalanmaları ve cezaya çarptırılmaları halinde, artırılmış olan bu cezanın kendilerine gerçekten uygulanacağına inanmaları gerekir. Sonuncu olarak, diğer dört şart gerçekleşmiş olsa bile, bunlara ilâveten, potansiyel suçluların, artırılmış olan ceza karşısında, suç işlemekten geri durmayı istemeleri gerekir.⁵²

Caydırıcılık teorisinin temelinde yer alan, insanların değişik alternatifler arasından özgürce rasyonel seçimler yaparak suç işledikleri düşüncesi de, tatbikî açıdan eleştiriye tâbi tutulabilir. Şöyle ki, potansiyel suçlular, uygulanacak ceza hakkında yeterli bilgiye sahip olmayabilirler veya hiçbir zaman yakalanmayacaklarına inanıyor olabilirler.⁵³ Ayrıca, suçların bir bölümü düşüncesizce; bir bölümü öfkeyle; bir bölümü sarhoşluk gibi haller içerisinde işlenmektedir⁵⁴. Bu eleştiriye, İngiliz Hükümeti'nin 1990 yılındaki,

“yaptırıma ilişkin düzenlemeleri, çoğu suçlunun, ihtimalleri önceden değerlendirdikleri ve davranışlarını rasyonel hesaplara dayandırdıkları varsayımı üzerine inşa etmek, gerçekçi bir yol değildir; çünkü suçlular sıklıkla bunu yapmazlar.”⁵⁵

⁵² Bottoms, **a.g.e.**, ss. 64-65 (Bottoms, burada, kendisinin de içinde bulunduğu “Cambridge grubu” tarafından yapılan araştırmadaki (A. von Hirsch, A. E. Bottoms, E. Burney, P.-O. Wikström, **Criminal Deterrence and Sentence Severity: An analysis of recent research**, Oxford: Hart Publishing, 1999) fikirleri aktarmaktadır). Ashworth, İngiltere’de, soygun ve uyuşturucu alış verişi başta olmak üzere bazı suçlar için caydırıcı gerekçelerin ve ceza miktarlarının eski bir geçmişi olduğunu belirtir. Buradaki iddia, bu gibi suçlarda yüksek bir genel önleme seviyesini yakalayabilmek için, oranlı olan cezalardan daha şiddetli cezalar verilmesi gerekliliğidir. Temyiz mahkemesi, böyle politikaların başarılı olacağını gösteren neredeyse hiç tatbikî delil bulunmamasına rağmen, sık sık, bu gerekçeyle verilen cezaları onaylamaktadır. Ashworth, bütün mahkemelerin böyle cezalar uygulayıp uygulamadığını; bunun suçlular ve potansiyel suçlular tarafından bilinip bilinmediğini; bu bilginin onların muhakeme etme sürecini etkileyip etkilemediğini veya başka sebeplerin (tespit edilmekten kurtulma, önemli miktarda para elde etme beklentileri) bu bilgiden daha etkili olup olmadığını bilmediğimizi belirtir. Ashworth, İngiliz yargılama makamlarının, bu konu hakkında net olmadıklarını; İngiliz hükümetlerinin de bu noktada tutarsız olduklarını belirtir: Ashworth, **a.g.e.**, ss. 78-79.

⁵³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 39.

⁵⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 39.

⁵⁵ The 1990 White Paper **Crime, Justice and Protecting the Public** (Home Office, 1990a: para. 2.8)’den aktaran: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 39; Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

şeklindeki resmî görüşü de desteklemektedir. Gölcüklü ise, konuyla ilgili olarak şunları beyan eder:

“[b]⁵⁶ilhassa suçluların, davranışları bakımından en az rasyonel varlıklar olduğu, <<istikbali>> değil <<hâli>> yaşadıkları kriminolojik araştırmalar sonunda sabit olduktan beri, korkutucu ceza sistemi büyük şüphe ile karşılanmıştır.”⁵⁷

Dönmezer/Erman da genel önleme amacının psikolojik bir temele dayandığını, “fertlerin hareketlerini zevk, acı ve ızdırap arasında yapılacak bir hesaba dayandırdıkları varsayımından hareket ettiği için de hedonistik psikolojiye karşı yöneltilen bütün itirazları davet ettiğini” belirtmişlerdir.⁵⁸

Bir başka husus, gerek bir bütün olarak ceza sisteminin gerekse tek tek cezaların caydırma etkisini ölçmenin, temel bazı etkenler tarafından sınırlanmış olmasıdır.⁵⁹

İnsanlar, ahlâkî/etik prensipler; dinî inançlar; fizikî yetersizlikler; fırsat yokluğu gibi, hukukî yaptırımların tehdidi veya bu yaptırımlardan duyulan korku dışında çok çeşitli sebeplerle hukukun öngördüğü sınırlar içinde kalabilirler.⁶⁰ Çoğu insanın, genellikle, bencil araçsal sebeplerden ziyade ahlakî mülahazalarla hukuka uygun davrandığı belirtilmiştir.⁶¹ Yine, insanların yakınlarının göstereceği manevi tepkiden duydukları endişenin, resmî makamların infaz edeceği cezanın korkusundan daha caydırıcı olduğu belirtilmiştir.⁶² Yücel, bu konuda şunları ifade eder:

⁵⁶ Tezimizde, harflerin veya ifadelerin köşeli parantez içine alınmış olması, alıntı yapılan metinde ilgili harfin veya ifadenin tezde yer verildiği şekilde kullanılmamış olduğu; ancak bu tezin yazarı tarafından bir eklemeye/değişiklikte bulunduğu anlamına gelmektedir.

⁵⁷ Feyyaz Gölcüklü, a.g.e., **Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)**, Sevinç Matbaası, 1966, ss. 16-17.

⁵⁸ Sutherland, Cressey, **Principles of Criminology**, New York, 1955, 288 ve son’a atıf yapan: Dönmezer, Erman, s. 562, no: 1338.

⁵⁹ Bkz.: Miethe, Lu, a.g.e., s. 22.

⁶⁰ Miethe, Lu, a.g.e., s. 22.

⁶¹ T.R. Tyler **Why People Obey the Law**, Yale University Press, New Haven CT, 1990’a ve R.Paternoster, L.E. Saltzman, G.P. Waldo, T.G. Chiricos, (1983) “Perceived Risk and Social Control: Do Sanctions Really Deter?”, **Law and Society Review**, 17, ss. 457-479’a atıf yapan: Cavadino, Dignan, a.g.e., ss. 38-39.

⁶² H. D. Willcock, J. Stokes, **Deterrents and Incentives to Crime Among Boys and Young Men Aged 15-21 Years**, London: HMSO 1968’e atıf yapan: Cavadino, Dignan, a.g.e., s. 39.

“toplumsal düzen sorununa salt ceza kanunu (suçlar ve ceza yaptırımları) penceresinden bakmak, ceza hukuku ile toplumsal normlar arasındaki ilişkiyi yadsımak olacaktır. Araştırmalarca belirlendiği üzere, kişilerin hukuka uyarlı davranış sergilemelerinde cezai yaptırım tehdidinin rolü az; buna karşın (1) hukuka karşı geldiklerinde buldukları sosyal grubun tepkisi ile (2) kişilerin kendilerini doğru şey yapmak isteyen ahlaki varlık olarak görmelerinin etkisi daha fazladır. Bu nedenle, soruna kriminolojik olduğu kadar ceza usulü enstrümanlarıyla yaklaşmak yanında ceza kanununu *ultima-ratio* olarak düşünmek gereği de göz önünde bulundurulmalıdır.”⁶³

Miethe/Lu, bugünün dünyasında, çoğu hukuk sisteminde, ne seri ne de kesin ceza bulunduğu; suçların çoğunluğunun, genellikle, hukukî makamlar tarafından bilinmediğine, bilinen suçlarınsa yalnızca küçük bir kısmının yakalama ve mahkûmiyetle sonuçlandığına; cezanın uygulanmasının ise sıklıkla, ilk ihlâlin gerçekleşmesinden yıllar değilse bile aylar sonra olduğuna işaret etmektedirler. Bundan başka, suçlular tarafından gerçekte çekilen ceza, sıklıkla, kanunun belirlediğinden çok hafif olmaktadır.⁶⁴

Miethe/Lu, ceza reformu söz konusu olduğunda, caydırma görüşünün, sıklıkla, özellikle kalkınmış batı ülkelerinde, yaptırımların ağırlaştırılması için bir gerekçe olarak görüldüğünü belirtir; ancak, bu gibi ağırlaştırmaların, suçun üzerine çetin bir şekilde gidilmesi yönündeki yaygın kamusal talebi yatıştırmakta işe yarayabilse de, etkin caydırıcılık için gerekli olan diğer şartların (cezaların uygulanma kesinliğinin ve süratinin yüksek olması gibi) göz ardı edilmesiyle, bu gibi girişimlerin ferdî ve umumî caydırıcılık etkisinin sınırlı olabileceğini ekler.⁶⁵

Cavadino/Dignan, genel caydırıcılığın, bir ceza sistemine sahip olmak için makul bir genel gerekçeye temel teşkil edebileceğini, ancak İngiltere’de

⁶³ Mustafa Tören Yücel, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 126, Geliştirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 2007, s. 304.

⁶⁴ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 22.

⁶⁵ Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 21-22.

uygulanan ceza miktarının genel caydırıcılık görüşüyle haklılaştırılabileceğini savunmanın, bundan daha güç olduğunu belirtmektedir.⁶⁶

Yapılan araştırmalardan yola çıkılarak varılan aşırı sonuçlardan birisi olan “etkisizlik hipotezi”ne göre, cezanın şiddetinin suç oranları üzerinde hiçbir etkisi yoktur.⁶⁷ Bottoms’ın belirttiği gibi, yapılan araştırmalar ortadadır, ancak, uygun koşulların bulunması hâlinde, daha şiddetli cezaların caydırıcı nitelik arz etmesine prensip olarak bir engel olmadığı için, “etkisizlik hipotezi”ne taraftar olmaya gerek yoktur.⁶⁸

Ferdî caydırma teorisinin uygulamadaki başarısı tartışılmıştır. Teoriye göre, ceza, caydırma amacıyla ağırlaştırıldıkça, tekrar suç işlemeyi önlemekte daha etkili olacaktır.⁶⁹ Ancak, bunun tersini gösteren araştırmalar vardır.⁷⁰ Yine, Londra’da büyüyen erkek çocuklar üzerinde yapılan detaylı ve dikkatli bir araştırma, bir erkek çocuğu suç işlediğinde, onun tekrar tekrar suç işlemesini engellemenin en iyi yolunun, ilk defasında onu yakalamamak olduğuna ilişkin veriler ortaya koymuştur.⁷¹ Belirtilen araştırma bulguları, cezaların hiçbir caydırıcı etkisinin olmadığını göstermemekle birlikte, cezanın, caydırıcı etkisini ortadan kaldıracak veya bu etkisine ağır basabilecek etkilerine dikkat çekmesi bakımından önemlidir.⁷² Bu bağlamda, cezanın, “damgalama etkileri”, caydırma etkisinin karşısında yer alır.⁷³ Araştırma bulgularıyla desteklenen “damgalama teorisi”ne göre, suçluların yakalanması ve cezalandı-

⁶⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 39.

⁶⁷ A. N. Doob, C. M. Webster, “Sentence Severity and Crime: accepting the null hypothesis”, **Crime and Justice: A review of research**, 30, ss. 143-195, s. 143’e atf yapan: Bottoms, **a.g.m.**, s. 64.

⁶⁸ Bottoms, **a.g.m.**, s. 78, not 11.

⁶⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37.

⁷⁰ Cavadino ve Dignan, özellikle caydırmaya yönelik olanları da içeren daha şiddetli cezalara maruz kalan hükümlülerin, ferdî caydırma teorisinde belirtilenin aksine, tekrar suç işlemeye daha yatkın olduğunu gösteren araştırmalara gönderme yapmaktadır: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 37.

⁷¹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 37-38.

⁷² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 38.

⁷³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 38.

rılması, onları suçlu olarak etiketler, damgalar ve bu süreç, onların gelecekte hukuka uygun bir hayat sürmelerini çeşitli şekillerde zorlaştırabilir.⁷⁴

Kanaatimizce, ferdî caydırma teorisinin, cezalandırmanın esasını ve meşruiyetini ve cezalandırmadaki amacı açıklamak bakımından tek başına yeterli olamayacağı açıktır. Öncelikle, ferdî caydırma teorisi, cezaların ölçüsünü belirleme bakımından sorunludur. Halin icabına göre, failin kusuruyla oranlı olmayan cezalar önermekle, cezanın meşruiyeti konusunda eksik bir teoridir.

Ferdî caydırma teorisi, suçun işlenmesinden sonrasında, hatta, failin yakalanması, cezaî yaptırıma tâbi tutulması ve sonrasında ilgili bir yaklaşımdır. Bu ise, cezanın genel caydırıcılık etkisini kapsamamaktadır, zira, ceza müessesesinin suç işlenmesinden önceki fonksiyonunu açıklayamamaktadır. Diğer bir anlatımla, suçtan sonraki aşamaya ilişkin olmakla ferdî caydırma teorisi, önceden suç işlemiş olan kişilerin bir daha suç işlememesini amaçlamakta ancak henüz suç işlememiş potansiyel suçlularla ilgili yeterli bir izah getirmemektedir. Belirtilen amaç, suçun külliyen önlenmesini kapsamaktan uzaktır. Bir toplumda suçun işlenmemesi imkân haricinde olsa da cezalandırmadaki amacı suçun önlenmesi bakımından izah etme yönündeki bir teorinin suçun tamamen önlenmesine yönelik olması beklenir. Rehabilitasyon idealinin “tedavi” yaklaşımındaki,

“[s]uçluların özel önleme amaçlı tedavisinin gelecekte tamamen hekimin hasta kişileri tedavisi gibi olacağı ve böylece cezanın genel önleme açısından var olan kötülük niteliğinin ortadan kalkacağı hususundaki [beklentinin gerçekçi olmadığına]”⁷⁵

ilişkin görüşe ise aşağıda değinilecektir.

⁷⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 38. Cavadino ve Dignan, damgalama teorisinin daha etraflı bir incelemesi için, I. Taylor, P. Walton, J. Young, **The New Criminology: For a Social Theory of Deviance**, London: Routledge and Kegan Paul 1973, Bölüm 5’e bakılabileceğini belirtmektedirler.

⁷⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 535.

Gölcüklü'nün belirttiği gibi, “[e]sasen ceza gibi bir zor tedbirinin telkin ettiği korku hissini, bu tedbirden tecrit imkânsızdır; << korku >>, müeyyide mefhumunun zaruri bir cüzü; ayrılamaz bir neticesidir.”⁷⁶

Diğer taraftan, Ashworth'ün belirttiği üzere, Kant'çı bir deyişle; “Her zaman, her insana kendi başına bir amaç olarak muamele edilmelidir; kesinlikle, sadece bir araç olarak değil.”; ferdin manevî değerine ve otonomisine saygı, onun, sosyal yararların takdirinde sadece bir rakam olarak değerlendirilmesini engeller.⁷⁷ Ferdin seçimlerine saygı ve özelde yargılama organlarının ve genelde devletin olması gereken yere koyulabilmesi için caydırıcılık teorisinin kimi yönlerden sınırlanması gerekir.⁷⁸

Caydırıcılık teorisi yalın olarak benimsendiğinde, insan haklarıyla ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumsuz sonuçlara kapı açılır. Mesela, yalın haliyle teori, bir cezanın uygulanmasının bazı kimseleri suç işlemekten caydıracağına kesin gözüyle bakıldığında, masum bir insanın, haklarına hiçbir saygı gösterilmeden cezalandırılmasına elverişli⁷⁹ ve bu durum, kusursuz ceza olmaz ilkesiyle uyumsuzdur. Yine, başkalarını benzer bir suç işlemekten caydırmak amacıyla, bir suçluya oransız biçimde şiddetli bir cezanın uygulanmasına müsait olmakla,⁸⁰ teori, cezaların suçlarla ve kusurla oranlılığı ilkesine ters düşmektedir.⁸¹

Nazarî itirazların önünü kesmek ve caydırıcılık teorisinin kimi unsurlarını muhafaza etmek amacıyla, bazı “karma” ceza teorileri ileri sürülmüştür.⁸² Ashworth, bunların en başta zikredilmesi gerekeninin, H.L.A. Hart'ın teorisi olduğunu belirtir.⁸³ Hart'a göre, cezanın genel haklılaştırıcı amacı, suçun önlenmesi ve kontrolüdür ancak, kimin cezalandırılacağı ve ne kadar ceza-

⁷⁶ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁷ Ashworth, **a.g.e.**, s. 78.

⁷⁸ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 78.

⁷⁹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 77.

⁸⁰ Ashworth, **a.g.e.**, s. 77.

⁸¹ Bkz.: Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul, 1989, s. 13'e atıf yapan: Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 517.

⁸² Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸³ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

landırılacağıının belirlenmesinde hâkim olan ilke “müstahak olma” olmalıdır. Buna göre, sadece suçlular cezalandırılmalı ve yalnızca işledikleri suçun ağırlığıyla oranlı olarak cezalandırılmalıdır.⁸⁴

Ceza yargılama sisteminin genel caydırıcı etkiye sahip olan parçası, yalnızca cezalar değildir.⁸⁵ Kimi durumlarda, uygulanan yaptırımdan ziyade sürecin kendisi (soruşturmaya uğramak, mahkeme önüne çıkmak, gazete vasıtasıyla toplumun durumdan haberdar olması) bir ceza işlevi görür. Kimi durumlarda ise, aile fertlerine ve arkadaşlara karşı duyulan suçluluk duygusu ve mahcubiyetin cezadan daha etkili olduğu söylenmektedir.⁸⁶ Diğer taraftan, cezalandırmanın ve yukarıda belirtilen sürecin caydırıcı etkisi, uygulamada izlenen politika veya en azından yakalanma riskiyle ilgili kanaatler tarafından epeyce hafifletilebilir.⁸⁷ Araştırmalar, ortaya çıkarılma/deşifre edilme olasılığı inancının, insan davranışlarını etkilemede, cezanın miktarından daha kuvvetli olduğuna ilişkin emareler ortaya koymuştur.⁸⁸

Yine belirtmek gerekir ki, genel caydırıcılık yaklaşımının yalın haliyle benimsenmesi, cezaların ağır olmasına kapıyı açar.⁸⁹

Bu bahiste, son olarak, Gölcüklü'nün şu görüşlerine yer vermekte yarar görmekteyiz:

“Cezaların en şiddetli olduğu devirlerde bile insanların en cüretkâr suçları işlemekten kaçınmadığı hatırlanacak olursa; ifade ettiği nispi değere rağmen sırf korkutmaya dayanan ceza sisteminin suçları önlemede tek başına başarı sağlayamayacağı kendiliğinden ortaya çıkacaktır.”⁹⁰

⁸⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁵ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁶ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁷ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁸ Ashworth, **a.g.e.**, s. 79.

⁸⁹ Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 547.

⁹⁰ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 17.

III. OLANAKSIZLAŞTIRMA*

A. Genel Olarak Olanaksızlaştırma Teorisi

Olanaksızlaştırma, suçlunun fizikî kapasitesini azaltma yoluyla, onun tekrar suç işlemesinin önüne, daimi veya geçici olarak geçmek şeklinde tanımlanabilir.⁹¹ Burada söz konusu olan, fizikî kapasitenin, fizikî engellerle azaltılmasıdır.⁹² Hapsin rahatsız edici özelliğinin, mahkûmun gelecekte suç işleme şevkini kırması, olanaksızlaştırmanın yalın haliyle zorunlu bir bağ içerisinde değildir.⁹³ Diğer taraftan, olanaksızlaştırma yöntemlerinin, günümüzde çok defa cezalandırmadaki başka amaçlar da göz önünde bulundurularak düzenlendiğini söylemek mümkündür.⁹⁴ Böylece olanaksızlaştırma, caydırma ve ıslâh için iyi bir çerçeve sunabilir.⁹⁵

Bottoms'ın işaret ettiği gibi, olanaksızlaştırmanın, “kolektif”, “seçici” ve “kategorik” olmak üzere, üç çeşidinden bahsedilebilir. “Kolektif olanaksızlaştırma”, genel olarak olanaksızlaştırma yaptırımlarının daha sık ve/veya daha uzun olarak kullanılmasıyla ve böylece suç oranlarının genel olarak azaltılmasıyla ilgilidir ve her çeşit aktif suçluların olanaksızlaştırılması amaçlanır.⁹⁶ “Seçici olanaksızlaştırma” ise, hassaten tehlikeli olduğuna inanılan küçük suçlu gruplar seçilerek onlar üzerine odaklanması ve hususen ciddi suçların (genellikle cinsel suçların veya şiddet suçlarının) önlenmesi amacıyla, onlara, çok uzun cezalar verilmesiyle ilgilidir.⁹⁷ Bottoms'ın belirttiği gibi, hapis cezasına alternatifler tartışmasında, seçici olanaksızlaştırmanın pek bir yeri yoktur; zira, “tehlikelilik cezaları”na çarptırılacak olanlar, zaten normalde hap-

* “incapacitation”

⁹¹ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 40; Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 17-18. Cavadino, Dignan, burada, tekrar suç işlemenin önüne geçmenin, “genellikle” fiziksel engelleme yoluyla olduğunu belirtmekle, olanaksızlaştırmanın fiziksel yollar dışında da gerçekleşebileceğini ifade etmektedir.

⁹² Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 17-18.

⁹³ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 18.

⁹⁴ Bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 19-20.

⁹⁵ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 20.

⁹⁶ Bottoms, **a.g.m.**, s. 66.

⁹⁷ Bottoms, **a.g.m.**, s. 66.

se gönderileceklerdir.⁹⁸ “Kategorik olanaksızlaştırma” ise, bireyler yerine gruplar üzerine odaklanmakla, seçici olanaksızlaştırmadan; genel olarak suçlular yerine belli bir kategorideki suçlular üzerine odaklanmakla, kolektif olanaksızlaştırmadan ayrılır.⁹⁹ Bununla birlikte, Bottoms, kategorik olanaksızlaştırmanın, yine de, kolektif olanaksızlaştırmanın bir alt başlığı sayılabileceğini belirtir.¹⁰⁰

Ashworth, “toplumun korunması” kalıbının, olanaksızlaştırmanın popüler formu olduğunu ve Ceza Adaleti Yasası 2003 (CAY 2003)’de düzenlenmiş olan cezalandırmanın amaçları içerisinde “toplumun korunması”na yer verilmesinde olduğu gibi (m. 142/1-d), genel bir cezalandırma amacı olarak ileri sürülebileceğini belirtmektedir.¹⁰¹ Olanaksızlaştırma, tehlikeli suçlular, meslekî suçlular ve diğer devamlı suç işleyenler söz konusu olduğunda özellikle önemlidir.¹⁰²

Olanaksızlaştırma deyince ilk akla gelen cezalandırma yöntemi, kuvvetle muhtemeldir ki, hapsedmedir.¹⁰³ Diğer taraftan, hapis cezaları ile hapis cezalarına alternatif kurumların, örneğin, belli faaliyetlerde bulunmanın yasaklanmasına yönelik yaptırımın ve belirli yerde kalma yükümlülüğünün*, olanaksızlaştırma bakımından amaca uygunluğu tartışılmalıdır.¹⁰⁴ Örneğin, sıkı raporlama şartları içeren bir denetimli serbestlik hükmü de olanaksızlaştırmaya hizmet edebilir.¹⁰⁵

Ashworth, elverişli delillerin yokluğuna rağmen, seçici olan veya çok seçici olmayan olanaksızlaştırma politikalarının siyaseten kabul görmeye de-

⁹⁸ Bottoms, **a.g.m.**, s. 67.

⁹⁹ Bottoms, **a.g.m.**, s. 79, not 15.

¹⁰⁰ Bottoms, **a.g.m.**, s. 79, not 15.

¹⁰¹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁰² Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁰³ Miethe ve Lu, Pieter Spierenburg, “The Body and the State: Early Modern Europe” in Norval Morris, David J. Rothman (eds.), **The Oxford History of the Prison**, New York, Oxford University Press, 1995, ss. 49-77’ye atıf yaparak, kimilerinin “hapsetme”yi “cezai esaret” olarak adlandırdığını belirtir: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 19.

* “curfew”

¹⁰⁴ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 80. Hapishane kullanımındaki artışın olanaksızlaştırma etkisinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlar için bkz.: Bottoms, **a.g.m.**, ss. 70-71.

¹⁰⁵ Brownlee, **a.g.e.**, s. 36.

vam ettiğini; ABD'deki birçok "üç vuruş ve dışarıdasın"^{**} diye adlandırılan ve üçüncü kez işlenen suçtan sonra verilecek kati artırılmış ceza politikalarının; İngiltere'de Suç (Ceza Hükümleri) Yasası 1997 ile getirilen ve üçüncü kez "burglary"^{***} suçu işleyenler ve uyuşturucu satıcıları için olan minimum cezaların; CAY 2003 ile getirilen ve ateşli silah taşıma için olan minimum cezanın ve yine bu Kanun'daki yeni 'tehlikelilik' cezalarının temelini oluşturduğunu belirtmektedir.¹⁰⁶

B. Olanaksızlaştırma Teorisinin Eleştirisi

Olanaksızlaştırma konusunda belki de en fazla tartışılan bir ceza olarak, hapsedme bakımından belirtmek gerekir ki, bu ceza, mahkûmu işleyebileceği bütün suçlar bakımından olanaksızlaştırmamaktadır.¹⁰⁷ Hapis cezasının uygulandığı kimi durumlarda; hırsızlık, cinsel saldırı, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ve hatta insan öldürme gibi suçlar işlenebilmektedir.

Cavadino/Dignan, sadece kaba tahminlerin mümkün olduğunu, ancak en iyi hesaplamaların, hapsedmenin olanaksızlaştırma etkilerinin çok az olduğunu ileri sürdüğünü belirtir.¹⁰⁸ Bu, büyük ölçüde, çoğu "suç kariyeri"nin nispeten kısa olmasındandır; suçlular kilit altına alındıklarında, zaten suç işlemeyi bırakmak veya azaltmak üzere olabilirler.¹⁰⁹ Dahası, olanaksızlaştırma taraftarlarının, kilit altına alınan suçluların yeni suçlularla ikame edildiğini göz ardı etme eğilimi ihtimali vardır.¹¹⁰ Cavadino/Dignan, olanaksızlaştırmaya yönelik yaptırımların, tekrar suç işlemeye yatkın, daha seçilmiş mükerrir suçlu grupları üzerinde büyük başarıyla uygulanabileceğini gösteren de fazla delil

** "three strikes and you're out"

*** Bir binaya (özellikle bir meskene) hırsızlık niyetiyle ve zor kullanarak girme suçu: **Longman Active Study Dictionary of English**, Great Britain, Longman Group UK Limited, 1987, s. 75.

¹⁰⁶ Ashworth, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁰⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁰⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 40-41.

¹¹⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

olmadığını belirtmektedir.¹¹¹ Adı geçen yazarlar, hangi suçluların, tekrar suç işlemeleri halinde özellikle ciddi suçlar işlemeye yatkın olduklarını da tam anlamıyla öngöremeyeceğimizi belirtirler.¹¹² Böylece, bu “öngörü”ler üzerine seçilerek haddinden uzun cezalar uygulanan suçlular içerisinde tekrar suç işlemeyecek olanların oranı belki de tekrar suç işleyecek olanların oranından daha büyük olacaktır.¹¹³

Kaldı ki, etik açıdan değerlendirildiğinde; bu cezaların, potansiyel mükerrirlere veya ağır suçlar işlemeye yatkın olanlara uygulanması mümkün olduğunda bile, bu insanlar, geçmişte gerçekleştirmiş oldukları suçlar için değil; gelecekte işleyecekleri hayalî suçlar için cezalandırılmış olacaktırlar.¹¹⁴ Bu durum, bir “faydacı”ya göre ilkesel olarak esaslı bir yanlış olmayabilirse de; “karşılığını verme” ve “insan hakları” teorisini de içine alan çoğu “ahlâk yasası” için ağır şekilde mahzurludur.¹¹⁵ Gelecekteki mağdurları zarardan koruma umuduyla, kişilerin, müstahak olduklarının üzerinde cezalandırılmaları, genel caydırıcılığa yapılan itiraza paralel bir itiraz gündeme getirmektedir: Bir suçlunun hürriyeti, diğer insanların gelecekteki güvenliğini artırmak umuduyla feda edilmektedir.¹¹⁶

Kanaatimizce, suçlu, müstahak olduğu cezayı çekmekle, **cezalandırma bakımından** masum statüsüne girmektedir. Başka bir deyişle, suçluya bu aşamadan sonra uygulanacak herhangi türde ve miktarda bir yaptırım, bir masuma uygulanacak yaptırım gibidir. Bu bakımdan, bir kişinin özgürlüğünün, bin kişinin özgürlüğü uğruna feda edilememesi şeklinde tarif edilebilecek mutlak adalet ilkesinin buraya da uygulanabilmesi düşünülmelidir. Zorunlu

¹¹¹ Ashworth, 2005, ss. 80-81’e, R. Tarling, **Analysing Offending: data, Models and Interpretations**, London: HMSO 1993, ss. 154-160’a ve A. Hagell, T. Newburn, **Persisting Young Offenders**, London: Policy Studies Institute, 1994’e atf yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹² Ashworth, 2005, ss. 206-207 ve 215-216’ya atf yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹³ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41; Ayrıca bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 829.

¹¹⁵ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

¹¹⁶ Ashworth, **a.g.e.**, s. 81. Cavadino ve Dignan, olanaksızlaştırmanın, şimdiki İngiliz hapsedme uygulaması için bir genel haklılık sebebi oluşturmasının mümkün gözükmediğini belirtirler: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 41.

durumlarda mutlak adalet ilkesinden ayrılmanın mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmada, bu gibi durumlarda belirtilen ilkeden ayrılabilineceği düşüncesine taraf olunduğunda ise, eldeki veriler tekrar suç işleme potansiyelinin çok yüksek olduğunu gösterdiğinde, kişinin hürriyetinin kısıtlanması mümkün olabilecektir. Tekrar suç işleme potansiyelinin tespitinin sağlam esaslara bağlanması çok önemlidir, ancak, yukarıda belirtildiği üzere, bu konuda sağlam esaslara bağlanmış bir tespite ulaşmanın pek kolay olmadığı unutulmamalıdır. Bu aşamada, yani, kişinin müstahak olduğu cezayı çekmesinden sonra uygulanacak olan yaptırım, kişiye, işlemiş olduğu suçun karşılığı olarak değil; arz ettiği tehlikelilik durumunun karşılığı olarak uygulanacaktır. Böylece, **cezalandırma açısından** masum olan bir kişiye uygulanacak yaptırım, olsa olsa bir güvenlik tedbiri olacaktır; zira, ceza ancak bir suçun karşılığı olarak tatbik edilebilir.

Toplumun korunması açısından, hapsedmenin, diğer yaklaşımlara/stratejilere nispetle açık bir üstünlüğünden bahsedilebilmesi, bu yaptırımın, sadece suçlu yaptırım altındayken değil, yaptırım sonrasında da suç kariyeri üzerinde etkili olabilmesiyle alâkalıdır.¹¹⁷ Brownlee, eğer, hapsedme, sadece suçlu yaptırım altındayken topluma bir “tatil” sağlayacak, ancak suçlu, yaptırım uygulanmasından sonra suç işlemeye devam edecekse; bu tatilin nispeten kısa olacağına ve çok pahalıya mâl olacağına işaret eder.¹¹⁸

Olanaksızlaştırmanın, kişinin ıslâh olmayacağı düşüncesinden hareketle toplumdan tecrit edilmesi suretinde uygulanması sorun teşkil eder. Zira, bir insanın diğer bir insan hakkında böyle bir değerlendirme yapması sakıncalar ihtiva eder.¹¹⁹

Brownlee, olanaksızlaştırmanın temel mantığına göre, “düzeltilemez”* olanların asla salıverilmemesi gerektiğini; bu mantığın ise, olanaksızlaştırma-

¹¹⁷ Bkz.: P. R. Jones, “Expanding the Use of Non-Custodial Sentencing Options: An Evaluation of the Kansas Community Corrections Act”, **Howard Journal**, 29, 1990, ss. 114-129, s. 123’e atıf yapan: Brownlee, **a.g.e.**, s. 37.

¹¹⁸ Brownlee, **a.g.e.**, s. 37.

¹¹⁹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 538.

* “incorrigible”

nın ve genel olarak azaltmacılığın karşıtları tarafından, neticeci cezalandırma ilkelerinin, kişisel insan haklarına arz ettiği tehdidin delili olarak kabul edildiğini ifade eder.¹²⁰ İşaret etmek isteriz ki, suç işleyen kimsenin “düzeltmesi” amacı¹²¹, olanaksızlaştırmanın yalın halinden ziyade rehabilitasyon yaklaşımıyla alâkalıdır. Bu açıdan bakıldığında, Brownlee’nin ifadeleri, rehabilitasyon ve insan hakları arasındaki ilişkiyi düşünmeye sevk etmektedir. Aşağıda, rehabilitasyon yaklaşımının eleştirisi yapılırken, bu yaklaşımla insan hakları arasındaki ilişkiye değinilecektir.

Olanaksızlaştırmanın, halktaki suç mağduru olma korkusunu oya dönüştürme isteğindeki popülist politikacılar tarafından kullanılabilmesi dikkate alınmalıdır.¹²²

Olanaksızlaştırma yaklaşımı, yalın haliyle, cezanın kusurla oranlı olması ilkesine uygun düşmemektedir. İngiltere’de, ömür boyu hapis cezasının, birçok zaman, özellikle olanaksızlaştırma amacıyla kullanıldığı, bu cezanın suçun ağırlığıyla normalde oranlı olan süreyi aşsa bile uygulanabileceği; yine, CAY 2003’le getirilen “toplumun korunması için hapsetme” ve “müddeti uzatılmış ceza hükümleri”nin olanaksızlaştırma amacı taşıdığı belirtilmiştir.¹²³

IV. ISLÂH

Aşağıda yer verilecek olan rehabilitasyon ve resosyalizasyon kavramlarından farklı şekilde anladığımız ıslâh kavramını, aşağıda, “bütüncül görüş” altında, “Cezanın İnfazında Suçlunun Islâhı Amaçları” başlığı altında izah etmekteyiz.

¹²⁰ Brownlee, **a.g.e.**, s. 37.

¹²¹ Buradaki düzeltme, “restoration” kelimesinin karşılığı olarak kullandığımız ve aşağıda incelemeye çalışacağımız “düzeltme”den farklı bir kavramdır.

¹²² Bkz.: Brownlee, **a.g.e.**, s. 36.

¹²³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 40. Cavadino ve Dignan, ömür boyu hapis cezasına çarptırılanların çoğu er geç salıverildiği için, ömür boyu hapis cezasının, “potansiyel olarak” ömür boyu hapis cezası olarak adlandırılmasının daha tanımlayıcı olduğunu; ömür boyu cezanın, suçlunun, kabul edilemez bir risk taşıdığına inanıldığı müddetçe salıverilmeyeceği anlamına geldiğini belirtmektedir: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 40.

V. REHABİLİTASYON

A. Genel Olarak Rehabilitasyon Yaklaşımı

Resosyalizasyon olarak da adlandırılan rehabilitasyon yaklaşımı, caydırma ve olanaksızlaştırma yaklaşımları gibi, suçun önlenmesine yöneliktir.¹²⁴ Ancak, rehabilitasyon yaklaşımında, suçun azaltılması, kişinin karakterinin veya davranışlarının değiştirilmesi yoluyla sağlanmaya çalışılmaktadır.¹²⁵ Rehabilitasyonun amacının, tedavi, eğitim ve tâlim yoluyla, mahkûmun toplumda müspet bir yere geri gönderilmesi olduğu söylenebilir.¹²⁶ Rehabilitasyon yaklaşımında, kişinin rehabilitasyonu için ihtiyaç duyulan uygun programın belirlenmesinde uzman görüşü ayrı bir önem kazanmaktadır.¹²⁷ Bu program kimi zaman, kişideki olumsuz alışkanlıkların giderilmesine veya davranış bozukluklarının tedavisine odaklanırken, kimi zaman, kişinin suç işlemeye ikame edebileceği bir uğraş kazanması düşüncesiyle, kişinin eğitimine veya kişinin bazı yeteneklerinin geliştirilmesine odaklanabilir.¹²⁸ Uyuşturucu tedavisi, öfke kontrolü ve meslek eğitimi, bu bağlamda, örnek olarak gösterilebilir.¹²⁹ Burada, yaptırıma karar verecek makamı ilgilendiren asıl şey, işlenen suçun ağırlığı değil, suçu işlemiş olan kişinin rehabilitasyonu için ihtiyaç duyulan şeylerdir.¹³⁰ İşlenen suçun ağırlığıyla paralel cezalar verilmesini öngören “karşılığını verme” yaklaşımının tersine, suç işleyen kişinin hususiyetleri üzerine odaklanılmaktadır.¹³¹ Böylece, cezanın miktarının belirlenmesinde, failin kusur derecesi değil, yeniden sosyalleşmesi için gerekli olan ölçü dikkate alınır.¹³²

¹²⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

¹²⁵ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 41-42.

¹²⁶ Todd R. Clear, George F. Cole, **American Corrections**, 5th ed., West/Wadsworth, Belmont 2000, s. 513'e atıf yapan: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 22.

¹²⁷ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

¹²⁸ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

¹²⁹ Bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 23.

¹³⁰ Ashworth, **a.g.e.**, s.82.

¹³¹ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 23.

¹³² Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 534.

Rehabilitasyon yaklaşımı, pozitivist kriminolojinin, suçluluğu, psikiyatrik, psikolojik veya sosyolojik bakımdan kişisel patolojilere veya kişisel uyumsuzluklara bağlayan şekilleriyle yakından ilişkilidir.¹³³ Rehabilitasyon idealini savunan bazı pozitivistler, bu idealin güçlü bir versiyonu olan “tedavi modeli”ne taraftar oldular.¹³⁴ Caydırıcılık yaklaşımında, failin, rasyonel tercihlere bağlı olarak hareket ettiği kabul edilirken, rehabilitasyon yaklaşımında, fail, yardıma ihtiyacı olan birisi statüsündedir.¹³⁵

Kişisel hususiyetler üzerine odaklanan rehabilitasyon yaklaşımı, gerek cezaların belirlenmesinde yargıçlara; gerekse suçluların salıverilip salıverilmemesine karar vermekte şartla salıverme kurullarına* çok geniş takdir alanı tanıyan belirsiz süreli cezalarla mantıkî uyum içerisindedir.¹³⁶ Kişinin, üzerindeki yükümlülüklerden ancak tedaviye cevap verdiği zaman kurtulabileceği düşüncesi hâkim olunca, “tedavi yaklaşımları”nın en revaçta olduğu zamanlarda, belirsiz süreli cezalara çokça rastlanılır.¹³⁷

Rehabilitasyon yaklaşımı, 1960’larda (özellikle ABD’nin belirli yargılama sahalarında), doruk noktasına ulaşmıştır; 1970’lerde bu idealin düşüşe geçtiği söylenebilir ve 1990’larda bu yaklaşımda bir canlanma görülmüştür.¹³⁸ Miethe/Lu, Batı toplumlarında hâli hazırda bulunan malî sıkıntıların, halkın daha sert ve uzun hapis cezaları verilmesi talebinin, suçun önlenmesinden ziyade bastırılmasına odaklanan ve büyümekte olan politik mülâhâzaların, tretman ve rehabilitasyon yaklaşımının karşısında bulunan önemli faktörler olduğunu belirtmektedirler.¹³⁹

1970’lerde, rehabilitasyon yaklaşımının, suçlulara ne yapılırsa yapılsın bir değişiklik olmadığı anlamında ve abartılı bir anlatımla “hiçbirşey işe yara-

¹³³ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

¹³⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 42.

¹³⁵ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

* “parole boards”

¹³⁶ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 23.

¹³⁷ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82.

¹³⁸ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82; Ayrıca bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 42.

¹³⁹ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 23.

mıyor” dönemine girdiği belirtilir.¹⁴⁰ Brownlee, “hiçbirşey işe yaramıyor” tutumunun, yerini, en azından bazı çevrelerde, “bazı şeylerin bazı kimseler hakkında bazen işe yaradığı” yönündeki kanaate bıraktığını belirtmektedir.¹⁴¹

Günümüzde, rehabilitasyon yaklaşımının etkinliği konusundaki görüşler, bu konudaki iyimserliğin zirvede olduğu dönemdeki kadar iddialı değildir.¹⁴² Tıbbî veya tedaviye yönelik ceza modellerini veya bilimin bütün suçluluğa derman sunabileceğini bağlılıkla savunan çok kişi yoktur.¹⁴³ Rehabilitasyon, artık, suçlunun iradesini dışlayan bir “tedavi” olmaktan ziyade, davranışlarını değiştirmesi için suçluya yardımcı olmak şeklinde anlaşılma eğilimindedir.¹⁴⁴ Bu, “zorlanmış tedavi”den ziyade, “kolaylaştırılmış değişim” yaklaşımıdır.¹⁴⁵ İngiltere’de, günümüzde revaçta olan çok sayıda program, resmi destek de bulmuş¹⁴⁶ olan “bilişsel davranışsal” yaklaşımın ürünüdür.¹⁴⁷ İsmi de ifade ettiği üzere, bu yaklaşım, davranışsal ve bilişsel psikolojiden alınan metotlardan oluşan bir sentez üzerine kuruludur.¹⁴⁸

Gölcüklü’ye göre,

“ceza tedbirlerinin günümüzdeki amacı, toplumun suça karşı korunmasıdır; ve bu da, bir tretmana tabi tutulacak olan hükümlüye, toplum içine döndüğü zaman kanunlara riayet ederek yaşayabilmek arzu ve imkânının verilmesi suretiyle başarılacaktır. Bu ihtiyaca cevap verecek şekilde düzenlenecek ceza sisteminin (ve binnetice infaz rejiminin) suç-

¹⁴⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁴¹ Brownlee, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁴² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁵ N. Morris, **The Future of Imprisonment**, London: University of Chicago Press, 1974, ss. 13-20’ye atıf yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁶ M. Debidin, J. Lovbakke, “Offending Behaviour Programmes in Prison and Probation”, in G. Harper, C. Chitty (ed.), **The Impact of Corrections on Reoffending: A Review of ‘What Works’** (3rd edition), Home Office Research Study No. 291, London: Home Office Research, Development and Statistics Directorate 2005, s. 32’ye atıf yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁸ C. R. Hollin, **Cognitive Behavioural Interventions with Young Offenders**, Elmsford: Pergamon Press 1990’a ve D. Meichenbaum, **Cognitive Behaviour Modification: An Integrative Approach**, New York: Plenum, 1977’ye atıf yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 63, not 19.

luyu toplumdan tecrid[e] değil, bilâkis kendisini toplumun bir üyesi olarak ele almaya yönelmiş bulunması gerekir.”¹⁴⁹

Gölcüklü'nün görüşleri, Suçların Önlenmesi ve Suçluların Tretmanı Konusundaki Birinci Birleşmiş Milletler Kongresi'nde (Cenevre 1955) alınan bir kararla benzerlikler taşır:

“Hürriyeti bağlayıcı ceza ve emniyet tedbirlerinin amacı ve meşruiyet sebebi toplumun suça karşı korunmasıdır. Bu amaç, hapis süresinin, imkân ölçüsünde, suçlunun toplum içinde kanuna riayetkâr ve ihtiyaçlarını karşılayabilir bir insan haline getirilmesi yolunda kullanıldığı takdirde gerçekleşecektir”.¹⁵⁰

B. Rehabilitasyon Yaklaşımının Eleştirisi

Rehabilitasyon yaklaşımının düşüğe geçmesi ve canlanması, onun hakkında yapılan tartışmalarla yakından ilgilidir. Ashworth, bu idealin 70'lerde düşüğe geçmesinde iki temel kaygının etkili olduğunu belirtir. Bunlardan birincisi, sıradan, tretmana yönelik olmayan cezalarla karşılaştırıldığında, bu tretman programlarından azının, tekrar suç işlemeyi önlemekte daha iyi olduğunun gözüktüğüne ilişkin eleştiridir.¹⁵¹ Ashworth, rehabilitasyon yaklaşımına ikinci itirazın, “uzman”ların tesirini epeyce artırması ve bireylerin eşit saygı ve ilgi görmeye hakkı olduğunu tanımaması konusunda olduğunu belirtir:

“Belirsiz süreli ve hatta yarı belirli süreli cezalar, suçluların serbest bırakılmasını hapisane veya denetimli serbestlik yetkililerinin eline bırakmaktadır ve bu genellikle sâbit kriterlerden, şeffaf sorgulanabilirlikten* veya itiraz etme yollarından ve gerekçeli karar almadan yoksundur.”¹⁵²

¹⁴⁹ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 19

¹⁵⁰ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁵¹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 82; ayrıca bkz: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 42.

* “accountability”

¹⁵² Ashworth, **a.g.e.**, s. 83.

Rehabilitasyon yaklaşımı, cezanın ölçüsünü belirleme bakımından sorunlar içerir.¹⁵³ Bu yaklaşımda, kişinin, işlediği suçla orantısız şekilde ağır bir yaptırıma maruz bırakılmama hakkı söz konusu değildir.¹⁵⁴ Burada önemli olan, kişinin işlemiş olduğu fiilin veya kusurunun ağırlığı değildir; kişinin arz ettiği tehlikelilik durumudur. Hâl böyle olunca, hafif bir suç işlemiş olan ancak yüksek derecede tehlikeli addedilen bir kişi, daha ağır bir suç işlemiş olmasına rağmen daha az tehlikeli addedilen bir kişiden daha yoğun bir “tretman”a tâbi tutulabilecektir. Bu durumun kusur ilkesiyle uyumsuzluğu aşikârdır. Diğer taraftan bu yaklaşım, failin, ağır bir suç işlemiş olsa bile, tehlikeli olmadığından bahisle, bir yaptırıma tâbi tutulmasının gerekmediğinin ileri sürülmesine elverişli olmakla, toplumdaki huzur ve güven duygusu açısından sakıncalıdır.¹⁵⁵

Kusur ilkesi, yaptırım ve cezalandırmanın amaçları arasındaki ilişkiyle ilgili olarak, aşağıdaki görüş ifade edilmiştir:

“[...] kusur ilkesinden vazgeçilerek, failin tehlikeliliği esas alındığında, belirli bir suç tipi ile yaptırım arasındaki bağlantı ortadan kalkar. Oysa suç tipi ile yaptırım arasındaki bu bağlantı sayesinde hem genel ve hem de özel önleme etkisi sağlanır. Bu bağlantı çözüldüğünde yaptırımın genel önleme etkisi de ortadan kalkar.”¹⁵⁶

İnsanın akıl ve irade sahibi bir varlık olduğunu; ve hatta, akıl ve irade sahibi olmanın, insanın tefrik edici bir özelliği olduğunu kabul etmemiz, rehabilitasyon yaklaşımının yalın hali hakkında ciddi endişeler taşımamıza neden olan hususların başında gelmektedir. Rehabilitasyon yaklaşımının uç örneği

¹⁵³ Bkz.: Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku**, s. 517.

¹⁵⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁵⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 547. Stratenwerth, şu ilgi çekici örneği vermektedir: “Kusur ilkesinden vazgeçilip, failin toplumsal tehlikeliliği gözönüne alındığında, taksirle adam öldürmenin, kas[t]jen adam öldürmeden daha ağır bir şekilde cezalandırılması gerekir. Zira trafik kazaları sonucu taksirle işlenen adam öldürme suçları, kastlı işlenen adam öldürme suçlarından daha fazladır. Dolayısıyla, meydana gelen toplumsal zarar daha büyüktür.”: Günter Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe/Heidelberg 1977, s. 39’a atf yapan: Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s. 166.

¹⁵⁶ Michael Baumann, *Zweckrationalität und Strafrecht, Argumente für eine tatbezogenes Maßnahmerecht*, Frankfurter Uni. Diss., Opladen 1987, s. 276’ya atf yapan: Nuhoglu, **a.g.e.**, ss. 165-166.

olan tedavi modelinin kusur ilkesiyle uyumsuzluğu ortadadır. Bu durum, haliyle, saldırgan davranışlar sergileyen bir hayvanın da tedavi edilmek suretiyle “uysallaştırılabileceği”ni akla getirmektedir.¹⁵⁷ “[C]ezanın koşulu olarak kusun yerine zararlı ve tehlikeli olma kavramını koymak eğilimi”yle ilgili olarak, zararlı ve tehlikeli kavramlarının insandan çok hayvanlara uyduğu belirtilmiştir.¹⁵⁸ Bunun yanında, konuyla ilgili olarak aşağıdaki düşündürücü örneğe temas edilebilir:

“bir insan yaşamının toplum için yararlı ve zararlı olma açısından bilançosu çıkartılırsa, bazı suçlular ile yasalara saygılı yurttaşlar arasındaki karşılaştırma şaşırtıcı bir tablo ortaya koyabilir. Örneğin, çok sayıda dolandırıcılık suçunu işlemiş olan kişi, bunun yanında çok iyi faaliyetler de yapmış olabilir. Sürekli şantajla zenginleşen bir kişi, belki kendi yaşamı pahasına birçok çocuğu yanan bir evden kurtarma cesaretine sahiptir. Kuşkusuz ölümden kurtarılan üç çocuk, topluma yararlı olma değerlendirmesinde otuz şantajdan daha ağır gelir”¹⁵⁹

Bu ifadeler, onanmayanın, “suçlu” olmaktan ziyade “suç” olduğunu destekler niteliktedir. Gerçi, insanın irade sahibi olduğunu kabul etmeyen ve dolayısıyla hukuka aykırı davranış sergileyen kişinin bir hasta gibi tedaviye muhtaç olduğunu kabul eden bir anlayışta, onamamaktan ziyade, teşhis, tedavi ve önleme kavramları geçerli olsa gerektir.

Rehabilitasyon, tıbbî çağrışımları olan bir kavramdır. Özellikle, bu yaklaşımın uç bir örneği olan tedavi yaklaşımının tıbbî içeriği ortadadır. Ceza hukuku yaptırımları içerisinde, tedaviye yer yok değildir. Ancak, tedavi, cezalardan çok güvenlik tedbirleriyle ilgili bir kavramdır. Böylece, işlediği fiil nedeniyle kusurlu addedilemeyen bir akıl hastasının, bir güvenlik tedbiri olarak tedaviye tâbi tutulması mümkündür. Kusur, insanın, irade hürriyetine sahip

¹⁵⁷ Hegel’e göre, suçluyu cezalandırmak, ona, tehlikeli ve alıkoyulması gereken kuduz bir köpek gibi davranmaktan (treat) ziyade onu rasyonel bir birey olarak tanımış olmak anlamına gelir: Hegel, **The Philosophy of Right**, 1832, Ek 63’e atıf yapan: Susan Easton, Christine Piper, **Sentencing and Punishment**, Oxford University Press, 2008, s. 60, no: 2.5.3.

¹⁵⁸ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 537.

¹⁵⁹ Eberhard Schmidhauser, **Vom Sinn der Strafe**, Göttingen, 1971, ss. 62-63’e atıf yapan: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 537.

olmasına dayalı bir kavramdır. İrade hürriyetini reddeden determinizm anlayışı yersizdir.¹⁶⁰ “Suçluların özel önleme amaçlı tedavisinin gelecekte tamamen hekimin hasta kişileri tedavisi gibi olacağı ve böylece cezanın genel önleme açısından var olan kötülük niteliğinin ortadan kalkacağı hususundaki gerçekçi olmayan beklenti”¹⁶¹den söz edilmiştir. Bu beklentinin, gerçekçi olmadığına katıldığımızı, şu şerhi düşerek belirtmek isteriz: Adil olan cezalar “kötülük” değil “iyilik” teşkil eder. Bu şerhin açıklaması aşağıda yapılacaktır.

Rehabilitasyon amacı, insanî kaygılarla güdülüyor olsa bile bu yaklaşımın insan tabiatıyla ve insan haklarıyla nasıl bir sorun oluşturabileceği önemli bir husustur. Rehabilitasyon amacı, insanî saiklerle benimsenmiş olsa bile, gerçekte, suç işlemiş kişi, hakları olan bir bireyden ziyade, manipüle edilebilen bir obje olarak ele alınabilir.¹⁶² İnsanların, akıl ve irade sahibi oldukları, hatta bunlara sahip olmasalardı insan olmayacakları düşüncesi, insana uygulanan yaptırımların, onun aklına ve iradesine “hürmet” edilerek uygulanması gerektiği yönündeki kabulü beraberinde getirmektedir. Bu hürmetin içinde, yaptırımın, akla ve iradeye hitap etmesi mündemiçtir. Böylece, cezanın, insanın aklına ve iradesine hürmetle hitap etmesi gerektiği söylenebilir. Rehabilitasyon yaklaşımı, yalın haliyle, belirsiz süreli cezalara açık olmakla ve kusur ilkesine ters düşmekle, insan haklarıyla da çelişki arz edebilir.

Özgenç, resosyalizasyon yaklaşımını kusur ilkesiyle çerçevelemeye yönelik bir yorumu benimser. Özgenç’e göre, “*teknik anlamda ceza*”nın asıl amacı, “suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır.”¹⁶³ Yine, Özgenç’in ifadesiyle,

“[c]ezanın yegane amacı, kefaret teşkil etmesidir. Bir başka ifadeyle, kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesidir; kısacası, kişinin resosyalize edilmesidir. Böylece, belli bir cezaya mahkûm olan ki-

¹⁶⁰ Aynı yönde: Özgenç, **4. bası**, s. 19.

¹⁶¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 535.

¹⁶² F. Allen, **The Decline of the Rehabilitative Ideal**, New Haven: Yale University Press 1981’e atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁶³ Özgenç, **4. bası**, s. 28.

şi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır.”¹⁶⁴

Özgenç'e göre, yukarıdaki nedenlerle, “ceza tatbiki için, kişinin mutlaka kusurlu olması gerekir. Kusur, cezalandırmanın vazgeçilmez şartını oluşturmaktadır (*nulla poena sine culpa* = kusursuz ceza olmaz).”¹⁶⁵ Görüldüğü üzere, yazar, kefaret kavramını farklı bir anlamda kullanmaktadır. Özgenç'in görüşü, yazarın, cezayı, “suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanması[...], müşahhaslaşması”¹⁶⁶ şeklinde tarif etmesiyle bağlantılıdır. Özgenç'in “[c]ezanın yegane amacının -kural olarak- *müsbet anlamda özel önleme* olduğu, suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılması, toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesi olduğu”¹⁶⁷ yönündeki görüşü, Jescheck'in, Özgenç'in de katıldığı ve kusuru “gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki *iradenin oluşum şartlarının* tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin şahsen muaheze edilmesi gerekip gerekmediği hususundaki *yargı*”¹⁶⁸ olarak kabul eden görüşüyle birlikte dikkate alındığında, Özgenç'in benimsediği teoride, cezanın kusurun bir karşılığı olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim, yazara göre, “[k]usur prensibine riayet edilmeksizin tatbik edilen cezanın hiçbir meşruluk temeli mevcut değildir. Kusur prensibi, aynı zamanda tatbik edilen ceza açısından bir sınırlama da ifade etmektedir.”¹⁶⁹

Sonuç olarak, bu teoride, resosyalizasyon, cezanın ne meşruluk temelini ne de ölçüsünü belirlemektedir. Cezanın meşruluk temelini ve ölçüsünü

¹⁶⁴ Özgenç, **4. bası**, ss. 28-29.

¹⁶⁵ Özgenç, **4. bası**, s. 30.

¹⁶⁶ Armin Kaufmann, **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik**, Göttingen, 1954 (erweiterter Nachdruck der 1. Auflage: Göttingen, 1988) (Armin Kaufmann, **Normentheorie**), s. 228'e atıf yapan: Özgenç, **4. bası**, s. 29, dn. 57.

¹⁶⁷ Özgenç, **4. bası**, s. 29.

¹⁶⁸ Hans Heinrich Jescheck, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Berlin, 1988, s. 363'ten aktaran: Özgenç, **4. bası**, s. 344.

¹⁶⁹ Özgenç, **4. bası**, s. 575.

kusur belirler. Bu teoride, irade hürriyetini reddeden determinizm anlayışına yer yoktur.¹⁷⁰ Bütün bunlar dikkate alındığında, Özgenç'in benimsemiş olduğu teorinin, rehabilitasyon yaklaşımıyla sınırlandırılması mümkün değildir. Hatta kanaatimizce, bu teori, rehabilitasyon yaklaşımından ziyade, karşılığını verme yaklaşımı çerçevesinde izâh edilmeye daha müsaittir.

Yukarıda belirtilen ve cezanın yegâne amacının müspet anlamda özel önleme olduğu yönündeki görüşün, cezalandırmaktaki amaç hakkında kuşatıcı bir tez olmadığı kanaatindeyiz. Özgenç de, cezanın yegane amacının -kural olarak- müspet anlamda özel önleme olduğunu belirtmektedir.¹⁷¹ Görüldüğü üzere, yazar, burada "kural olarak" şerhini düşmekte dikkatlidir. Yine ceza, "-kural olarak- kişinin tekrar topluma kazandırılmasına hizmet etmelidir."¹⁷²

Bottoms, rehabilitasyon yaklaşımının önemli derecede umut vermeye devam ettiğini, ancak bu umudun, cezalandırma sisteminde esaslı bir değişiklik için yeterli olup olmadığının başka bir mesele olduğunu belirtir.¹⁷³

Cavadino/Dignan, tatbikî veriler, rehabilitasyonun ceza sistemi için makul bir genel haklılık sebebi olamayacağını gösterse bile, genel haklılık sebebi başka olan bir ceza sistemi içinde de rehabilitasyon amaçlarının güdülmeye değer olduğunu belirtmektedirler.¹⁷⁴

Rehabilitasyonun kimi taraftarları, hapsetmeyi, rehabilitasyon için iyi bir araç olarak görmüşlerse de, çoğunluk tarafından, hapsetmenin rehabilitasyonda iyi bir araç olmadığı kanısı hâkim olagelmıştır.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Özgenç, **4. bası**, s. 19 vd.

¹⁷¹ Özgenç, **4. bası**, s. 29.

¹⁷² Özgenç, **4. bası**, s. 29.

¹⁷³ Bottoms, **a.g.m.**, s. 63. Bununla beraber, Bottoms, Halliday'in rehabilitasyon hakkındaki iyimser çıkarımlarını naif bulur; Halliday'in, suç siyasetinde "yeni bir ütopya" olan rehabilitasyondan aşırı şekilde etkilenen ilk kişi olmadığını; ancak, tarihin, normalde, siyasetler oluşturulurken daha makul bir değerlendirmede bulunmanın, uygun olduğunu öğrettiğini belirtir: Bottoms, **a.g.m.**, s. 63.

¹⁷⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁷⁵ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 42.

VI. KARŞILIĞINI VERME

A. Genel Olarak Karşılığını Verme Yaklaşımı

Karşılığını verme teorisine göre, suçlu, işlemiş olduğu kötülüğün karşısında hak ettiği* cezaya çarptırılmalıdır.¹⁷⁶ Bu yönüyle, karşılığını verme teorisi, geriye dönük bir yaklaşımdır; ceza, suçun azaltılması gibi ileriye dönük amaçlar için değil; suçlu buna müstahak olduğu için uygulanmaktadır.¹⁷⁷ Suçlu, hangi ağırlıkta cezaya müstahaksa ona çarptırılmalıdır; bu yönüyle suçlu, “tam pay”** inı almalıdır.¹⁷⁸ Bu açıdan, karşılığını verme teorisinde, “tarife” geçerlidir; suçlar, ağırlıklarıyla orantılı olarak, ağırlığına göre kümelenmiş cezalar içerisinde, kendileriyle eşleşen cezaya çarptırılmalıdır.¹⁷⁹

Karşılığını vermenin klasik prensibi olan “cezanın ağırlığının suçun ağırlığına uygun olması”***, 19 uncu yüzyıl Batı Avrupa dünyasının çoğu yerinde, ceza uygulamalarının en önemli temelini oluşturur.¹⁸⁰ Benzer suçları işleyenlerden bazılarının, kontrolleri dışında olan sebeplerden ötürü, diğerlerine göre daha az kınanabileceği veya daha az sorumlu tutulabileceği, Batı Avrupa ülkelerinin çoğunda, neo-klasik düşüncenin bir yansıması olarak görülür.¹⁸¹ Bu “tam paylar” teorisi, klasik karşılığını verme teorisinin revize edilmiş halidir ve buna göre; ceza öncelikle suçun manevî ağırlığına ve daha az ölçüde suçlunun özelliklerine uygun olmalıdır.¹⁸² Bu noktada, oranlılık ilkesinin, karşılığını verme teorisinin önemli bir alt başlığı olduğunu belirtmek gerekir; “ceza suçta uygun olmalıdır”**** ilkesine göre, cezanın, suçlunun suç işlemekteki manevî

* “deserve”

¹⁷⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s.44.

¹⁷⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44; ayrıca bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s.16.

** “just desert”

¹⁷⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁷⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44.

*** “Let the punishment fit the crime”

¹⁸⁰ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁸¹ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁸² Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

**** “the punishment should fit the crime”

sorumluluğu ile oranlı olması gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁸³ Aşağıda, oranlılık ilkesi ile karşılığını verme yaklaşımı arasındaki ilişkiye tekrar dönülecektir.

Aslında, Arapça bir kelime olan cezanın sözlük anlamı, “iyi veya kötü olabilen bir karşılık”tır. Bu anlamıyla, cezanın “ödül” olarak tezahürü mümkünse de Türkçe’imizde bu terim “onanmayan” hareketlere verilen karşılık olarak kullanılmaktadır.¹⁸⁴

ABD’de ve Birleşik Krallık’ta, uzun yıllar, neticeci yaklaşım, daha “modern” ve daha “insancıl” olarak telâkki edilir ancak 1970’lerden itibaren neticeci yaklaşım ağır eleştiriler almaya başlar.¹⁸⁵ ABD’de eleştiriler, özellikle, kullanımı sıklaşmış olan ve tehlikeli suçlular için uygulanan belirsiz süreli ve uzatılmış cezalar, seçici olanaksızlaştırma ve görünüşe göre sınırlandırılmadan kullanılan devlet cezası konularında yoğunlaşır.¹⁸⁶ Yine, rehabilitasyon yaklaşımının hakkaniyetsizlikleri, etkisizliği ve geniş yargısal takdir, Birleşik Krallık’ta ve ABD’de eleştirilerin odağı olur.¹⁸⁷

Karşılığını verme teorisi, yıllarca, İngiliz düşünce dünyasında revaçta olmamıştır; 1970’lerin başından itibaren, özellikle “adalet modeli” şekliyle önemli bir canlanma göstermesine rağmen, günümüzde o kadar revaçta değildir.¹⁸⁸

Karşılığını verme teorisinin bizatihi kendisinin nasıl gerekçelendirileceği ve neyin doğru neyin yanlış olduğuna ilişkin bir genel anlayıştan beslenip beslenmediği sorununa, kimi teorisyenler, “sosyal sözleşme” teorisine gönderme yaparak cevap vermeye çalışırlar.¹⁸⁹ Buna göre, bütün vatandaşlar, çok taraflı bir sözleşmeyle - ki bu sözleşme, yürürlükte bulunan ve herkes için adilce ve eşitçe geçerli olan hukuk kurallarını da içermektedir- bağlıdır ve suç

¹⁸³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44. Ayrıca bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 531.

¹⁸⁴ Ahmet Gökçen, “Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Sistemleri”, Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Kitap Kırtasiye Tic. Ltd. Şti., 2002, ss. 45-69, s.45.

¹⁸⁵ Easton, Piper, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁸⁶ Easton, Piper, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁸⁷ Easton, Piper, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁸⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁸⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, 45. Cavadino ve Dignan, bu teorisyenler arasında özellikle Murphy, 1979’a bakılmasını önerirler.

işleyen kişi, suç işlemekle, kendi lehine fakat hukuka uygun davrananların aleyhine olmak üzere bu eşitlik dengesini bozmaktadır.¹⁹⁰ İşte ceza, elde edilen bu haksız avantajı, mütenasip bir dezavantajla ortadan kaldırmakta ve bozulan dengeyi yeniden tesis etmektedir.¹⁹¹ Böylece ceza, hukuka aykırı davrananların bu aykırılıktan avantaj sağlamalarını önlemektedir ve hukuka aykırı davrananların cezalandırılmaması hukuka uygun davrananlara haksızlık teşkil edeceği için, ceza, haklıdır.¹⁹² Bu “modern karşılığını verme” teorisi, bir süre oldukça etkili olur, fakat, daha sonra, en önemli savunucularından bazılarının dahi gözünden düşer.¹⁹³

Cavadino/Dignan’ın haklı olarak belirttiği gibi, yukarıda belirtilen modern karşılığını verme teorisinin, ceza uygulamasının haklı gerekçesini oluşturabilmesi için, içinde bulunulan toplumun adil bir toplum olması gerekir; aksi takdirde ceza uygulamasıyla tekrar tesis edilecek adil bir dengeden bahsetmek mümkün olmayacaktır; aksine cezanın, var olan eşitsizliği artırma imkânı vardır.¹⁹⁴ Murphy, bu konuda; “modern toplumlar[ın] cezalandırma konusundaki manevî haktan büyük ölçüde mahrum [olduklarını]” belirtir.¹⁹⁵

Cavadino/Dignan, İngiliz ceza uygulamasının, karşılığını verme teorisıyla haklı çıkarılamayacağına ilişkin olarak, yukarıdakinden başka deliller de gösterirler.¹⁹⁶ Örneğin; cezalandırma uygulamalarındaki istikrarsızlık ve sayıları artan kati ve olanaksızlaştırıcı cezalar -ki bu cezalar, suçlulara tam paylarına oranlı biçimde muamele edilmemesinin artması anlamına gelmektedir-, bunlar arasında yer almaktadır.¹⁹⁷ Kanaatimizce, Cavadino/Dignan’ın, kati cezaları, karşılığını verme teorisine aykırı bulmaları, ceza ile suçlunun suç işlemekteki manevî sorumluluğu arasında bulunması gereken oranlılığı, kar-

¹⁹⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁹¹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁹² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁹³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 45. Cavadino ve Dignan, Murphy, 1992, ss. 24-25, ss. 47-48’i; von Hirsch, 1986, Bölüm 5’i ve von Hirsch, 1993, Bölüm 2’yi buna örnek gösterir.

¹⁹⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 45-46.

¹⁹⁵ Murphy, 1979, s. 95’den alıntı yapan: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁹⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁹⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 46.

şılığını verme teorisine mündemiç kabul etmelerinden kaynaklanmaktadır.¹⁹⁸ Zira, belirtilen kavramlar arasında bulunması gereken oranlılık, karşılığını verme teorisinin bir unsuru olarak kabul edilmediği takdirde, başka bir sonuca ulaşılabilir. Mesela, Miethe/Lu, ABD'deki kati cezalandırma politikalarını (örneğin, ateşli silahlarla işlenen suçlara uygulanan artırılmış cezalar), karşılığını verme teorisinin cezalandırmaya temel teşkil etmesinin örneği olarak göstermektedirler.¹⁹⁹ Kanaatimizce, Miethe/Lu'nun burada kastettikleri, yalın anlamda karşılığını verme teorisidir. Yine, Miethe/Lu, ABD'deki, suçun ağırlığına ve suçlunun sabıkasına göre belirli cezalar öngören muayyen cezalandırma kılavuzlarını da karşılığını verme teorisinin uygulaması olarak görmektedirler.²⁰⁰ Zira, Miethe/Lu, bu iki uygulamaya göre verilen cezanın, karşılığını verme prensibine uygun olarak, suçludan çok, suç teşkil eden fiilin ciddiyetine ve özelliklerine odaklandığını belirtmektedirler.²⁰¹

Yukarıdaki konuyla bağlantılı olan bir başka mesele, mükerrirlere uygulanacak ceza rejimiyle ilgilidir. İşlenmiş olan suçları en ağır olanlar yerine, devamlı suç işleyenlere daha fazla ceza verilmesi yönünde, İngiltere'de giderek büyüyen eğilim de, Cavadino/Dignan'ın, İngiliz ceza uygulamasının, karşılığını verme teorisine haklı çıkarılamayacağına ilişkin olarak gösterdikleri deliller arasındadır.²⁰² Karşılığını verme teorisinin yalın anlaşılması, "suç bazlı tarife" ile mantıkî bir ilişki içerisindedir ve buna göre; kişinin, daha önce işlemiş ve cezalandırılmış olduğu suçlardan dolayı cezasının artırılması, genel olarak yanlıştır.²⁰³ Uygulamada, İngiliz mahkemeleri, "suç bazlı tarife" ile, mükerrirleri daha fazla cezalandıran "suçlu bazlı tarife"yi birlikte uygulama eğilimindedir.²⁰⁴

Karşılığını verme teorisinin uygulamada karşılaştığı; karşılaşılabileceği meseleler arasında, kişisel sorumluluğun derecelendirilmesinin göz önünde

¹⁹⁸ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁹⁹ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰⁰ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰¹ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 16.

²⁰² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 46.

²⁰³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 63, not 21.

²⁰⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 63-64, not 21.

tutulması bulunmaktadır; şöyle ki; sadece “suç bazlı” bir yaklaşım üzerine kurulu katı bir karşılığını verme teorisi, kişisel sorumluluğun derecesini göz ardı edebilecektir.²⁰⁵ Karşılığını verme teorisi, kıyastan ibaret kabul edildiğinde de; kıyasın uygulanamayacağı suçlar açısından sorunla karşılaşılır.²⁰⁶ Miethe/Lu, bununla bağlantılı olarak, sarhoşluk, ilaç suistimali*, zina, fuhuş, hız limitlerinin ihlâli** gibi trafik ihlâllerine benzer suçların nasıl yaptırıma tâbi tutulacağı meselesini örnek göstermektedirler.²⁰⁷ Cezaların, suçların manevi ağırlığı ile oranlı olması ilkesi de, özellikle, ağırlık bakımından üzerinde konsensus oluşmuş olduğu tartışmalı olan suçlar açısından tartışmaya açıktır. Örneğin, Türkiye’de, toplum nezdinde, bir kimsenin mukaddes bildiği değerlerine (inanç, namus; haysiyet gibi) hakaret edilmesi; o kişiye karşı işlenecek yaralama suçundan birçok zaman daha ağır kabul edilir.²⁰⁸

Karşılığını verme teorisiyle, azaltmacı teorinin birleştirilmesinden oluşan “karma” teoriler de mevcuttur ve bunlardan birisi olan “sınırlayıcı karşılığını verme” teorisine göre, ceza, suçun azaltılması gibi ileriye yönelik amaçlar için uygulanabilirse de, her halükârda, cezanın, müstahak olunandan ağır olması gerekmektedir.²⁰⁹

Karşılığını verme teorisinin modern bir yorumu olan “müstahak olma”*** teorisinin, en önde gelen isimlerinden olan Andrew von Hirsch’e göre, cezanın birbirine geçen iki haklılık sebebi vardır; “ceza” ile “müstahak olma” arasındaki sezgisel bağlantı²¹⁰ ve genel caydırıcılık^{211, 212}. Oranlılık ilkesi, müstahak olma teorisinin merkezinde yer alır; öyle ki teori, “oranlılık teorisi” olarak

²⁰⁵ Bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 17.

²⁰⁶ Bkz.: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 17.

* “Drug abuse”

** “speeding”

²⁰⁷ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 17.

²⁰⁸ ABD toplumunun bu konudaki algılamaları hakkında bkz: Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 44-45, not 1’de belirtilen kaynaklar.

²⁰⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 46.

*** “desert”

²¹⁰ A. Von Hirsch, **Past or Future Crimes**, Manchester: Manchester University Press, 1986, s. 52’ye atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 84.

²¹¹ von Hirsch, 1986, s. 48’e atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 84.

²¹² Ashworth, **a.g.e.**, s. 84.

da adlandırılmaktadır.²¹³ Ashworth, oranlılık teorisinin, hukukun üstünlüğüne saygılı olduğunu ve devletin, suçlular üzerindeki iktidarına sınırlama koyduğunu belirtmektedir.²¹⁴ Yazar, oranlılık teorisinin güçlü yanları olarak, bu teorisinin, bazı geniş kabul gören ahlâkî görüşlerle açık uyumuna; suçlunun haklarına olan saygısına ve devletin iktidarına sınırlama getirmesine işaret etmektedir.²¹⁵ Oranlılık, “sırasal”^{*} ve “esasa ilişkin”^{**} olmak üzere ikiye ayrılır; sırasal oranlılık, suçların kendileri arasında ağırlıkları bakımından derecelendirilmesiyle ilgilidir; esasa ilişkin oranlılık ise, bu sırasal derecelendirmeyi bir cezalar cetveliyle ilişkilendirir ve cezaî yaptırımın, işlenen suçun ağırlığıyla oranlı olmasını gerektirir.²¹⁶ Sırasal ve esasa ilişkin oranlılık kavramları çok geniş olmakla ve birbirine aykırı yorumlara açık olmakla eleştirilmiştir.²¹⁷

Belirtilmiştir ki, karşılığını verme teorisinin modern versiyonunun savunucularına göre, ceza, insan onuruna uygun olarak uygulanması gerektiği içindir ki, ev hapsinde kişinin kesintisiz izlenmesi uygun bir yöntem olmamasına rağmen, elektronik kelepçe takılmasıyla yetinilmesi, kabul edilebilir bir durumdur.²¹⁸ Yine, failin aile fertleri gibi üçüncü kişiler, cezaî yaptırımdan, gerekli olanın ötesinde etkilenmemelidir.²¹⁹ Ceza infaz kurumunda infaz edilen hapis cezasının, üçüncü kişiler bakımından gösterdiği etkiler düşünüldüğünde, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, bu cihetten, belirtilen önermeyle daha uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Antony Duff, müstahak olma teorisinin bir başka versiyonunu geliştirir; merkeze oranlılık ilkesinin yerleştirildiği ve özünü cezaların iletişimsel olduğu düşüncesinin oluşturduğu bu teoriye göre; ceza, suçlunun dikkatini, ifade et-

²¹³ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 84.

²¹⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 84.

²¹⁵ Ashworth, **a.g.e.**, ss. 86-87.

* “ordinal”

** “cardinal”

²¹⁶ Ashworth, **a.g.e.**, ss. 84-85.

²¹⁷ Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

²¹⁸ Easton, Piper, **a.g.e.**, s. 65.

²¹⁹ Easton, Piper, **a.g.e.**, s. 65.

tiği tasvip etmeyişe yönlendirir.²²⁰ Cezanın amacı, suçlunun, yapmış olduğu yanlışlıktan pişman olmasını sağlamak ve ona, yoğun bir değerlendirme yapması* ve pişmanlığını ifade etmesi için bir imkân sağlamaktır.²²¹ Böylece, ceza önemli bir psikolojik unsur içermektedir ve suçlunun cezaya tepkisi, işlenen suçla kendisine haksızlık edilen topluma yönelik bir tür özür olarak görülebilir.²²²

Avrupa Konseyi'nin, R (92) 17 sayılı ve Cezalandırmada İstikrar konulu tavsiyesine göre, cezalandırma için hangi gerekçeler sunulursa sunulsun, suçun ağırlığı ile ceza arasında bir oransızlığın oluşmasının önüne geçilmelidir.²²³

B. Karşılığını Verme Yaklaşımının Eleştirisi

Karşılığını verme teorisi “kötülüğe kötülükle mukabele etmek”le ilişkilendirilir.²²⁴ Kanaatimizce, bu teorinin makul anlaşılışında, kötülüğe kötülükle mukabele etme, aslında gerçeği ifade etmemektedir. Zira, ilk başta gerçekleştirilen hareket, haksız olmakla, bir kötülük meydana getirirken; bu kötülüğün karşılığında verilen ceza, önceden belirlenmiş ve adil bir yargılama sürecinin neticesinde verilmiş olmakla, tam tersine bir iyilik oluşturmaktadır. Bu, cezanın genel amacı olan, iyiliğin hâkim kılınması ile uyum içerisindedir. Cezanın, suçluya ıstırap verici nitelikte olması bu durumu değiştirmemektedir. Zira bu durumda iyilik, suçlunun kusuruyla oranlı bir ıstırapı gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, suçlunun gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın onun yanına kâr bırakılması ve bu haksızlığın sorumluluğunun suçlunun vicdanın-

²²⁰ R.A. Duff, **Punishment Communication and Community**, New York: Oxford University Press, 2001'e atıfta bulunan: Ashworth, **a.g.e.**, ss. 85-86.

* “work through”

²²¹ Duff, 2001'e atıfta bulunan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

²²² Duff, 2001'e atıfta bulunan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

²²³ Avrupa Konseyi'nin, R (92) 17 sayılı ve Cezalandırmada İstikrar konulu tavsiyesi (1993), s. 6, A4'ten aktaran: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

²²⁴ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44; Güriz, **a.g.e.**, s. 211. Yine Güriz, “mutlak adalet teorisi” taraftarlarının görüşlerini izah kabilinden olmak üzere, adaletin “iyiliğe karşı iyilik, kötülüğe karşı kötülük yapmak” şeklinde kabul edildiğini belirtmektedir: Güriz, **a.g.e.**, s. 207.

da hissettirilmemesi, hem genel anlamda birer kötülüktür hem de, özel anlamda, suçluya yapılmış kötülük olacaktırlar. Suçlunun adil bir şekilde cezadan muaf tutulması, yukarıdaki görüşe bir tezat teşkil etmemektedir. Zira suçlunun, burada kusurunun derecesinin ve haksızlığın sorumluluğunun idrâkine vardığı kabul edilmektedir. Bu hususlar, adalet anlayışıyla alâkadardır ve yukarıdaki yorum, adaleti, “iyilik yapan kimseye iyilik yapmak, ama kötülük edene haksızlık etmemek” şeklinde tanımlayarak “kötülüğe kötülükle karşılık verme[nin] adalet [olmadığı]”nı belirten görüşle²²⁵ uyum içerisindedir.

Karşılığını verme teorisiyle ilgili olarak yapılan yaygın bir hatanın, bu teoriyi savunanların en şiddetli cezalara taraftar olduğunun farz edilmesi olduğu; hâlbuki, cezanın müstahak olduğu kabul edildikten ve oranlılık ilkesi muhafaza edildikten sonra, karşılığını verme teorisini savunanların sıklıkla daha hafif cezaları savunur pozisyonda oldukları belirtilmiştir.²²⁶ Diğer taraftan, genel caydırıcılık teorisinin “ağır ve şiddetli cezaları teşvik ve telkin ettiği” söylenebilir²²⁷. Yine, rehabilitasyon ve olanaksızlaştırma yaklaşımları, yaptırımın belirlenmesinde kusuru değil de tehlikeliliği esas aldıkları için, örneğin uzun süreli cezaların uygulanmasına yol açabilecek niteliktedirler.

Ashworth, “müstahak olma” fikrinin, cezaların şiddetlendirilmesine yol açmaya uygun olduğuna ilişkin iddialara, oranlılık teorisini en fazla uygulayan ülkeler olarak gösterdiği Finlandiya’da, İsveç’te ve Minnesota’da sonucun bu şekilde olmadığını belirterek cevap verir; yazara göre, Kaliforniya gibi başka bazı yargı çevrelerinde cezaların miktarında önemli artışların takip etmesi ise, esas olarak, olanaksızlaştırmaya yönelik cezaların sisteme sokulmasının sonucudur.²²⁸ Müstahak olma teorisinin önde gelen yazarları, hapsetmenin kullanımının sınırlandırılması konusunda ısrar ederler.²²⁹

²²⁵ Nevzat Tarhan, **Duyguların Dili**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2006, s. 118.

²²⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 44. Güriz, mutlak adalet uygulamasının, “çağımıza uymayan çok şiddetli cezaların verilmesine neden olabil[eceğini]” belirtmektedir: Güriz, **a.g.e.**, s. 207.

²²⁷ Feyyaz Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 17.

²²⁸ Ashworth, **a.g.e.**, s. 85.

²²⁹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 85. Ashworth, bu yazarlardan bilhassa von Hirsch’i örnek gösteriyor, von Hirsch, 1993, Bölüm 3’e gönderme yapıyor.

Kanaatimizce, karşılığını verme teorisi, “sosyal bakımdan yarar sağlasa bile, mâsum insanların cezalandırılmasını kabul etme[mesi]”²³⁰ bakımından isabetlidir.²³¹

Cavadino/Dignan, insancıl bir tavır için, karşılığını verme teorisinin cazip yönlerini şöyle belirtmektedirler: İlk olarak, teori, adaletin temel ilkelerinden olduğu genel olarak kabul edilen “benzer meselelerin benzer şekilde ele alınması gerektiği” ilkesiyle uyum içerisindedir. İkinci olarak, karşılığını verme yaklaşımıyla, hem suçluların hem de mağdurların *hakları* olduğu düşüncesi arasında doğal bir bağlantı vardır. Suçlunun, “topluma olan borçlarını ödedikten” sonra özgür kalma hakkı vardır. Karşılığını verme teorisi, cezalandırılan kişinin ne ölçüde iyi veya ne ölçüde kötü davrandığının onun cezalandırılmasıyla ahlakî bir bağ içerisinde olduğunu kabul eden vicdanî yargılarımızla* uyum göstermektedir.²³²

Müstahak olma teorisi, cezanın, suç işlenmesine verilen uygun veya tabii bir tepki olmasının ancak bir sezgi olduğu ve bu kadar zecri bir tepkinin, kısmen de olsa, bu sezgiye dayandırılmasının tatmin edici olmadığı düşüncesiyle eleştirilmiştir.²³³ Teoriye yöneltilen bir eleştiri de sorumluluğu ve ceza-yı hak eden şeyin tam olarak ne olduğu, daha açık bir ifadeyle, kusurlu dav-

²³⁰ Güriz, **a.g.e.**, s. 207.

²³¹ Busch’a göre; “cezalandırmada korkutma amacına öncelik verilirse, bir adalet terörü ortaya çıkar. Eğer özel önleme amacına öncelik verilirse, fiil ve ceza arasındaki oran yerine, failin suçu kişiliği ve ceza arasındaki oran uygulanır. Cezanın türü ve süresi, failin suçu kişiliği ve sosyal teşhisden oluşan hakim subjektif görüşü ile belirlenir. Bu şekilde, hakim ceza belirlemesi sınırlandırılmaz. Sonuçta hukuk güvenliğinden uzaklaşılır ve cezanın belirlenmesi sadece hakime bırakılır. Bu sonuç iki izlilik ilkesine dayanır. Hakimin ceza tayin hakkı sınırlandırılmak ve cezanın toplum tarafından haklı olarak görülmesi isteniyorsa, cezanın tayininde kefalet düşüncesi hakim olmalıdır. Kusur cezasının hem genel hem de özel önleme etkisi vardır. Özel önleme etkisinin yetersiz kaldığı yerde emniyet tedbirleri ile tamamlanması gerekir.”: Richard Busch, “Die Kontrolle der Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Maßnahmen”, ZStW, Bd.99, (Sonderheft), 1957, Deutsche Beiträge zum VII. internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26 September bis 2 Oktober 1957, ss. 110-111’e atf yapan: Nuhoğlu, **a.g.e.**, ss. 146-147.

* “common-sense intuitions”

²³² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 44-45.

²³³ N. Lacey, **State Punishment**, London: Routledge & Kegan Paul, 1988, ss. 21-26’ya ve M. Moore, “The Moral Worth of Retribution”, in F. Schoemann (Ed.), **Responsibility, Character and the Emotions**, Cambridge: Cambridge University Press, 1988’e atf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

ranışların mı yoksa mizaçların mı sorumlu tutulmayı ve cezayı gerektirdiği meselesidir.²³⁴

Yine, birçok suçun temelinde kuvvetli sosyal dezavantajlar yatabilirken, müstahak olmanın kısmen bireysel kusurluluğa dayandırılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir.²³⁵ Ashworth, buna bir cevap olarak, önemli şekilde sosyal mahrumiyet yaşamış suçlular için hafifletici sebepler tanınabileceğini; diğer taraftan, sosyal zenginliğin ve sosyal adaletin dağıtımıyla ilgili sorunların, cezalandırmadan başka vasıtalarla çözülmesi gerektiğini belirtmektedir.

Müstahak olma teorisinde, von Hirsch'in ifade ettiği, cezanın kınama fonksiyonu ve bu iletişimin suçluya, mağdura ve üçüncü kişilere verdiği mesaj bakımından toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ve özellikle onarıcı adalet yaptırımlarının avantajları vardır. Şöyle ki, özellikle, düzeltmeye ve onarmaya yönelik cezalandırma yöntemleri, suçlunun mağdurla ve toplumla daha fazla temasa geçmesini sağlamak bakımından hapis cezasından avantajlıdır. Zira, ceza, toplumun onamamasının, reddetmesinin bir ifadesi olduğuna göre, bu onamamanın ifade edilmesinde toplumun bizzat yer alması söz konusudur. Kınamanın mağdura bakan yönü cihetinden de, mağdurun daha fazla işin içinde olması söz konusudur.

Ashworth, işlenen somut bir suçta uygulanacak cezanın şiddetinin ne olması gerektiği hususunda, müstahak olma teorisinin, von Hirsch'in savunduğu "azalmaya ilişkin strateji"^{*} veya Morris ve Tonry tarafından savunulan "tutumluluk ilkesi"^{**} gibi teorilerle desteklenmesi gerektiğini belirtir.²³⁶

²³⁴ N. Walker, **Why Punish?**, Oxford: Oxford University Press, 1991'e atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

²³⁵ T. Mathiesen, **Prison on Trial**, London: Sage, 1990, s. 121'e ve Lacey, 1988, ss. 18-22'ye atıfta bulunan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 86.

* "decremental strategy"

** "principle of parsimony"

²³⁶ Ashworth, **a.g.e.**, s. 85.

VII. DÜZELTME ve ONARMA

A. Genel Olarak Düzeltme Yaklaşımı

Son yıllarda ciddi biçimde gündemde olan bir teori, düzeltici adalet* teorisidir. Bu teori, suç işlenmesiyle bozulan “durum”un eski hale getirilmesini/düzeltilmesini hedef alır; bu “durum”, suçluyu, mağduru, toplumu ve hatta devleti ve bunlar arasındaki ilişkileri de içerir.²³⁷ Düzeltici adalet sisteminde, suçlu, işlenmiş olan suçun sorumluluğunu kabul etmeye, bu suçun olumsuzluğunu tasdik etmeye ve suçtan zarar görenlere özür kabilinden girişimlerde bulunmaya teşvik edilir.²³⁸ Düzeltme, suçtan etkilenenlerin (suçlu, mağdur, suçlunun ve mağdurun aileleri ve genel olarak toplum) suça verilecek en uygun tepkiyi bulmak için müzakere etmelerini sağlamaya yönelik olan değişik usullerle elde edilmeye çalışılabilir.²³⁹ Ashworth, bu müzakerelerin amacının, bir özrün sağlanması; suçlunun, suçun mağdur ve topluluk üzerindeki etkilerini telâfi etmesinin sağlanması ve suçun tekrarlanmaması için adımlar atılması olduğunu belirtmektedir.²⁴⁰

Düzeltici teorilerin çoğalması, geçen yüzyılın son çeyreğinde ceza adaletinde görülen önemli gelişmelerden olan, mağdurun ihtiyaçlarının ve haklarının giderek daha fazla tanınmasıyla ilişkilendirilmektedir.²⁴¹ Ashworth, bu teorilerin, temel olarak, ceza adaleti sisteminin ve cezalandırmanın amaçlarının merkezine, mağdura sağlanacak adaleti yerleştirdiklerini belirtir.²⁴²

Düzeltici adalet uygulamasına, Yeni Zellanda’daki “aile grubu konferansları” ve Avusturalya’da uygulanmış olan ve dört suçtan birisiyle, (şiddet

* “restorative justice”. Türkçe eserlerde, “restorative justice” kavramının karşılığı olarak “onarıcı adalet” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir; hâlbuki, “onarma”, “repair” kelimesinin karşılığıdır.

²³⁷ Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24; Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 48.

²³⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 48; Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24.

²³⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 48-49; Ashworth, **a.g.e.**, s. 88.

²⁴⁰ Ashworth, **a.g.e.**, ss. 88-89.

²⁴¹ Bkz. Ashworth, **a.g.e.**, s. 88; Miethe ve Lu, “küresel mağdur hakları hareketi”ne (“global victims’ rights movement”) gönderme yapar: Miethe, Lu, **a.g.e.**, ss. 23-24.

²⁴² Ashworth, **a.g.e.**, s. 88.

kullanma, gayrimenkul (property) suçları, dükkan hırsızlığı veya sarhoşken araç kullanmaktan birisiyle) itham edilen kimselerin rastgele şekilde mahkemeye veya düzeltici adalete gönderildiği “RISE in Canberra” örnek olarak gösterilebilir.²⁴³ İngiltere’de bu derecede uygulanmamakla birlikte, uygulanagelen en önemli düzeltici adalet usulleri, mağdur - suçlu uzlaşması, “Polis yönlendirmeli konferans” ve “aile grubu konferans” olmak üzere ikiye ayrılan konferans metodu ve vatandaş oturumlarıdır.²⁴⁴ Yine Japonya’da uygulanan “yazılı özür dileme” ve “af mektubu”; mağdurun özrü kabul ederek suçluyu affetmesi uygulaması, düzeltici adalet fikrinin yansıması olarak kabul edilebilir.²⁴⁵

Cavadino/Dignan, düzeltici adaletin amaçlarını üç başlık altında sıralamaktadırlar: suçun olumsuzluğu konusunda suçluyla iletişim kurma; “onar-
ma”*; “yeniden bütünleştirici utandırma”**. ²⁴⁶

Bu amaçlardan birincisi ile, Duff’ın, yukarıda kısaca değindiğimiz, “iletişimsel teori”si arasında bağlantı kurulmaktadır.²⁴⁷ Üçüncü amaç ise, Braithwaite’in ileri sürdüğü suç ve ceza teorisi ile ilişkilendirilmektedir.²⁴⁸ Braithwaite’e göre, suça verilecek sosyal tepkinin başarısı, onun, suçluyu yeniden bütünleştirecek şekilde utandırmasıyla ölçülür.²⁴⁹ Braithwaite’e göre, suçluya, onu, toplumun diğer üyeleri karşısında utandıracak şekilde muamele edilmelidir.²⁵⁰ Ancak bu utandırma, suçluyu “damgalayarak”, “damgalama” teorisine benzer şekilde tekrar suç işleme ihtimalini artırma yerine; suçlunun yanlış yaptığını kabul etmesini ve toplumun diğer fertlerinin suçluyu tekrar içlerine kabul etmelerini sağlamaya yönelik olarak suçluların toplumla yeni-

²⁴³ Ashworth, **a.g.e.**, s. 89.

²⁴⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49; Ashworth, **a.g.e.**, s. 89.

²⁴⁵ Philip L. Reichel, **Comparative Criminal Justice Systems**, 2nd ed., Prentice-Hall, Upper Saddle River, NJ, 1999’a atıf yapan: Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24.

* “reparation”

** “reintegrative shaming”

²⁴⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

²⁴⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

²⁴⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49; Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24.

²⁴⁹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

²⁵⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

den bütünleştirilmesine hizmet etmelidir.²⁵¹ Kınama, suçludan ziyade sapma niteliği gösteren davranışa ve bu davranışın mağdur ve toplum üzerindeki etkisine odaklanır.²⁵² Böylece, yeniden bütünleştirici utandırmanın, suçluların ıslâhında önemli bir fonksiyon görebileceği düşünülebilir.²⁵³

B. Düzeltme Yaklaşımının Eleştirisi

Cavadino/Dignan, düzeltmenin bir amaç olarak daha fazla izlenmesi halinde, İngiliz ceza sisteminin, daha medenî ve aynı zamanda ahlâki açıdan daha kabul edilebilir bir hale gelebileceğini belirtmektedirler.²⁵⁴

Ashworth, düzeltici adaletin, mağduru onduracağını; toplumu düzelteceğinin ve tekrar suç işlemeyi azaltacağını söylediğini ancak bunların hepsini tatmin edici biçimde gerçekleştirebileceğine ilişkin bir delil olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, yazara göre, ilgili “toplum”un tanımlanması ve toplumun düzeltilmesi kavramı netlikten uzaktır.²⁵⁵

Kanaatimizce, düzeltici adalet fikri, suça verilecek tepkinin belirlenmesinde suçtan etkilenenlere söz hakkı tanınması sebebiyle, bu perspektiften olumludur. Burada, suçun unsurları nazariyesi ile, cezalandırmadaki amaçlar arasında ilgi çekici bir bağlantı vardır. Suçun genel mağdurunun devlet olduğunu kabul eden görüşe göre, cezalandırma, devlet açısından bir hak teşkil edecektir. Ancak bizim de paylaştığımız ve yeni Türk ceza sistemine hâkim olan anlayışa göre, tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar. Böylece, suçun genel mağduru, bir tüzel kişi olan devlet değil; belki toplumu oluşturan bütün bireyler olabilir.²⁵⁶ Devlet suçun genel mağduru olarak kabul edildiğinde ve cezalandırma devlete ait bir hak olarak değerlendirildiğinde, cezalandırmada mağdura ve topluma söz hakkı tanınması, devletin “hak”kıyla bir gerilim oluş-

²⁵¹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, ss. 49-50; Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24.

²⁵² Miethe, Lu, **a.g.e.**, s. 24.

²⁵³ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 50.

²⁵⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 50.

²⁵⁵ Ashworth, **a.g.e.**, ss. 89-90.

²⁵⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, 5. bası, (Özgenç, **5. bası**), ss. 198-199.

turabilecektir.²⁵⁷ Düzeltici adalet, böylece, suçun genel mağduru olarak devleti değil toplumu oluşturan tüm bireyleri kabul eden görüşle daha kolay uzlaştırılabilir görünmektedir.

Kanaatimizce, düzeltici adalet fikri, suçluya pozitif davranışlarda bulunma imkânı sağlamasıyla ve hatta bunu teşvik etmesiyle de olumludur. Öncelikle, suçlunun pozitif davranışlarda bulunması, onun suç işlemekteki sorumluluğu omuzlarında hissettiğinin²⁵⁸ ve bu durumu düzeltmek istediğinin güçlü bir kanıtıdır. Cezalandırmadaki amacın “özel önleme” olarak kabul edilmesi halinde de, düzeltme, özel önleme amacına hizmet eden önemli bir ikincil amaç olarak görünmektedir.²⁵⁹ İkinci olarak, suçlunun pozitif davranışlarda bulunmasıyla, ceza, sadece suçluya azap veren veya suçlunun hakkını veya hürriyetini kısıtlayan bir uygulama değil; aynı zamanda suçtan zarar görenlere fayda sağlayan bir uygulama olacaktır.²⁶⁰ Böylece, düzeltici adaletin onarma fonksiyonu, suçlunun toplumla yeniden bütünleşmesine büyük fayda sağlamaktadır.²⁶¹

Kanaatimizce, düzeltici adalet fikri, suç işlenmesinden sonra suçlu ile suçtan etkilenenler arasında bir iletişim sağlamasıyla da olumludur. İletişimin, sorunların çözümündeki önemine ilişkin genel kabuller, gerek bireysel gerekse toplumsal bazda büyük bir sorun olan suçun, hem önlenmesinde hem de etkilerinin çözümünde de geçerli olsa gerektir. Bu noktada, suçta tekerrürün önlenmesinde de düzeltici adaletin önemli bir ikincil amaç olarak görülebileceği düşünülmektedir. Zira, düzeltici adalet, suçlunun mağdurla ve diğerleriyle empati kurmasına hizmet etmektedir.

²⁵⁷ Bkz.: Zedner, 1994, s. 233’den alıntı yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 89.

²⁵⁸ “belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır”: Özgenç, **4. bası**, s. 29.

²⁵⁹ Onarmanın, cezalandırmanın amacı olarak kabul edilen başka bir amacı destekleyen ikincil bir amaç olarak da görülebileceği hakkında bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

²⁶⁰ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

²⁶¹ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

Düzeltilici adalet fikri ile demokrasi anlayışı arasında da ilgi çekici bir ilişki mevcuttur. “Rızaya dayalı” bir yönetim biçimi olan demokraside, halkın tercihleri merkezî önemdedir. Demokraside, yasama ve yürütme yetkileri gibi, yargı yetkisinin de temelde halkın tercihleriyle uyumlu işlemesi gerekir. İşte, düzeltilici adalet usulünde, toplumun daha fazla söz sahibi olmasıyla, demokrasi tartışmaları arasında bağlantı vardır.²⁶²

Düzeltilici adalet modelinin, içinde barındırabileceği belki en büyük tehlike, suçlu ile mağdurun veya toplumun diğer fertlerinin tekrar karşı karşıya getirilerek husumetin çözüleceği yerde körüklenmesi tehlikesidir. Yine, utançtırmanın, yukarıda belirtildiği üzere, suçlunun toplumdan dışlanmasına değil; aksine toplumla bütünleşmesine hizmet edecek şekilde gerçekleştirilmesine dikkat edilmelidir. Ağır suçlar söz konusu olduğunda mağdurun ve ailesinin cezanın belirlenmesi sürecine katılması ayrı bir hassasiyet taşımaktadır.²⁶³ Pek tabii ki, düzeltilici adalet uygulamasında yaptırımın oranlılığının muhafazasına yönelik tedbirler alınmalıdır.²⁶⁴

Hapis cezasının, kendi başına, düzeltilici adalete pek uygun düşmediği kanaatindeyiz. Zira yukarıda belirtildiği üzere, bu ceza, kendi başına, bozulan ilişkilerin düzeltilmesine yönelik unsurlardan uzaktır.²⁶⁵ Hapis cezası, elbette, cezalandırmadaki genel amaç olan iyiliğin hâkim kılınmasına hizmet etmektedir ancak mahkûmun, suçtan etkilenenlere yönelik olarak gerçekleştireceği icraî davranışlara ne derece uygun olduğu tartışılmalıdır. Cavadino/Dignan, İngiltere’de uygulanan çoğu cezanın ve özellikle hapis cezasının, suçlunun özür kabilinden girişimlerde bulunmasını zorlaştırabileceğini veya imkânsız kılabileceğini belirtmektedirler.²⁶⁶

²⁶² Bağımsız Türk mahkemelerine ait olan “Türk milleti adına” karar verme yetkisinin; Türk milletinin karar verme yetkisi ile karşılaştırılması gerekmekte; bu da doğrudan demokrasi/dolaylı demokrasi tartışmalarını beraberinde getirmekte ve belki müstakil bir doktora tezi konusu teşkil etmektedir.

²⁶³ Krş.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 90.

²⁶⁴ Ashworth, **a.g.e.**, s. 90.

²⁶⁵ Bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 50.

²⁶⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 50.

VIII. SOSYAL TEORİLER

Aşağıda özetlenecek olan ve cezalandırma meselelerinin, sosyal ve politik şartlardan soyutlanarak ele alınmasını yeterli bulmayan teorilerin birleştikleri nokta, bireysel cezaların görece adaletinden ziyade, genel suçluluk seviyesinin azaltılmasına ve daha geniş çaptaki sosyal eşitsizliklerin kaldırılmasına daha fazla önem vermeleridir.²⁶⁷

Hudson, suçun önlenmesine ve hapsedme uygulamalarının azaltılmasına öncelik verilmesini savunur; eğitim, iş gibi alanlardaki sosyal politikalar, adalet için, cezanın oranlılığı hakkındaki dar tartışmalardan çok daha önemlidir. Hudson'a göre, cezalandırma alanında, bütün insanları ilgilendiren sorunlara, belirli davranışlara gösterilenden daha fazla alâka gösterilmeli ve devlet, rehabilitasyona yönelik imkânların sağlanmasına daha fazla önem vermelidir. Hudson, oranlılık ilkesini bir kenara atmaz ve cezalandırma alanında gerçekleştirilecek gelişmelerin, oranlılık teorisi tarafından çizilen çerçeve içinde olması gerektiğini savunur.²⁶⁸

Lacey'e göre ise, devletin bütün vatandaşlara uygun imkânları ve adil fırsatları sağlamasıyla beslenecek olan bir "toplum olma hissi"ne ulaşıldığında; ceza, ceza hukukuyla korunması kararlaştırılan değerlerin pekiştiricisi olarak haklıdır. Cezalandırmada, oranlılık ilkesinin de, bununla çatışan bir değer olan, toplumun refah seviyesinin yükseltilmesinin de önemi muhafaza edilmelidir.²⁶⁹

Braithwaite/Pettit'in, cumhuriyetçi ceza adaleti teorisi olarak adlandırdıkları teorinin odağında yatan egemenlik anlayışı, oluşturulmasında her bir vatandaşın rol aldığı sosyal ve politik bir ortamda, her bir vatandaşın hayat tercihleri yapma ve sonra bu tercihlerinde korunma imkânıyla ifade edilir. Ceza

²⁶⁷ Ashworth, **a.g.e.**, ss. 87-88.

²⁶⁸ Barbara Hudson, "Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases", **Crime, Law and Social Change**, 22: 59'a atıfta bulunan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 87.

²⁶⁹ Nicola Lacey, **Unspeakable Subjects**, Oxford: Hart, 1998'e ve vonHirsch, Ashworth (ed.), **Principled Sentencing**, 2 nd edition, Oxford: Hart, 1998, pasaj 8.3'e atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 87.

adaleti sistemi, suçlulukla mücadelede mümkün olduğunca az müdahaleci olmalıdır, ancak uygun olduğunda, cezalandırma yoluyla önleme siyaseti güdebilir. Cezanın oranlılığına birinci derecede ilgi gösterilmeyen bu teoride, kınama (censure), cezalandırmadan ayrı düşünülebilir. Buna göre, kınama, utandırma (shaming) ve diğer sosyal tepkilerle daha etkili olarak sağlanabilir ve belirli bir ceza, utandırma beklentisi bakımından olumlu bir durum var ise, daha düşük tutulabilir.²⁷⁰

IX. CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇ BAKIMINDAN TÜRK HUKUKU

Türk Ceza Kanunu'nun ilk maddesinde, Kanun'un amacının, "kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek" olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu hükmün, Ceza Kanunu'nun amacının, iyiliğin hâkim olduğu ve toplumsal barışa dayalı olan hukuk düzeninin devamının sağlanması olduğu, ancak bu amacın sağlanması için kişi hak ve hürriyetlerinin toplumun genel çıkarı olarak telâkkî edilen hususlara feda edilemeyeceği şeklinde anlaşılması gerekir. Kanun'un belirtilen maddesinde, suç işlenmesinin önlenmesinin bir amaç olarak açıkça belirtilmiş olması, dikkat çekicidir.²⁷¹

Türk Ceza Kanunu'nun 1 inci maddesinde, suç işlenmesinin önlenmesine Ceza Kanunu'nun amaçları arasında yer verilmiş olmasını da dikkate alan Centel/Zafer/Çakmut'a göre, Türk Ceza Kanunu'nda "alt ve üst basamaklı cezalardaki ceza aralığının çok geniş olması",

"cezanın bireyselleştirilmesini ve failin tehlike haline uygun bir ceza verilmesini (teorik olarak) mümkün kılmaktadır. Bu durum, 5237

²⁷⁰ John Braithwaite, Philip Pettit, **Not Just Deserts**, Oxford: Oxford University Press, 1990'a atıf yapan: Ashworth, **a.g.e.**, s. 88.

²⁷¹ Yücel, bu maddede Türk Ceza Kanunu'nun amaçları arasında suç işlenmesinin önlenmesine yer verilmesiyle ilgili olarak, "ceza kanunu olmasa zaten suç olmayacağı[na] göre, bu amaca yer verilmesi[nin] nasıl açıklanabil[eceği]ni sormaktadır: Yücel, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, s. 304.

sayılı Türk Ceza Yasası'nda cezanın özel önleme amacının ön plânda tutulduğunu göstermektedir."²⁷²

Bu görüşlere ilâveten belirtmek isteriz ki; Türk Ceza Kanunu'nda cezaların alt ve üst sınırları arasındaki aralığın geniş tutulması, TCK m. 61/1-f hükmü de dikkate alındığında; belki de failin tehlike haline uygun olmaktan daha fazla, failin kusuruna uygun ceza verilmek suretiyle cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eder niteliktedir. TCK m. 61 hükmünde, temel cezanın belirlenmesinde failin tehlike hâline lâfzen yer verilmemiştir; diğer taraftan, maddenin birinci fıkrasının f bendi, hâkimin somut olayda temel cezayı belirlerken "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını" da göz önünde bulundurması gerekliliğini hâvîdir.

Suç işlenmesinin önlenmesinin, Ceza Kanunu'nun amaçları içerisinde açıkça belirtildiği Türk Ceza Kanunu'nun, 3 üncü maddesinde, "[s]uç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolun[acağı]", "adalet ilkesi" başlığı altında belirtilmiştir.

Üçüncü maddenin gerekçesinde ise, şu ifadelere yer verilmiştir:

"[s]uç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan oranlılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanununda açıkça yer verilerek, ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir."

Üçüncü maddenin başlığının konumuzla ilgili kısmı "Adalet ilkesi" olmakla ve madde metninde "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolun[ması]" emrine yer verilmesiyle, aynı zamanda, madde

²⁷² Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s. 542.

gerekçesinde “ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenm[ekle]”, Türk Ceza Kanunu’nun, cezalandırmadaki amaç olarak “mutlak ceza teorilerini” de benimsemiş olduğu sonucuna varılabilir. Cezanın veya güvenlik tedbirinin ölçüsünün, failin tehlikeliliğine vs. göre değil de işlenen fiilin ağırlığına göre belirlenmesi, neticeci teorilerden ziyade, karşılığını verme teorisiyle ilgilidir. Diğer taraftan, gerekçede belirtilmiş olan ifadeler bir bütün olarak incelendiğinde, Kanun koyucunun, cezalandırmadaki amaç olarak, özel önlemeyi ve genel önlemeyi kabul ettiğini göstermektedir. “[S]uç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması [...] ve yeniden topluma kazandırılması”, özel önleme amacına; “bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi” ise genel önleme amacına işaret etmektedir. Hatta, “cezanın caydırıcılık etkisi” ifadesiyle, hem ferdî, hem de umumî caydırıcılığa işaret edildiği düşünülebilir. Zira, gerekçe dikkatlice okunduğunda, “haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım”ın, “suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması[nın] sağlan[ması] ve yeniden topluma kazandırılması” için; “oranlılık ilkesine uyma[nın]” ise “bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için” birer araç olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

Centel/Zafer/Çakmut’un, konuyla ilgili görüşleri şu şekildedir:

“Cezalandırmada *fiilin ağırlığının*, başka bir anlatımla mağdura ve topluma verilen zararın ağırlığının dikkate alınması 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda ceza aracılığıyla öç duygularının tatmin edilmesinin amaçlandığını ortaya koyar niteliktedir. Belirtelim ki, cezalandırmada fiilin ağırlığı esas alınarak *biçimsel adaletle* yetinilmiştir. Oysa ki, kötülük eşit ağırlıkta kötülükle ödetilmek istenirse, cezaların, cezalandırılan kişiye etkisine göre tayin edilmesi gerekirdi. Cezalandırmada kusurun ağırlığının ön plânda tutulması, kötülüğe karşı eşit ağırlıkta bir kötülükle

karşılık verilmesine ve failin ıslâh edilerek topluma kazandırılmasına *fii-
lin ağırlığı* ölçütünden daha iyi hizmet eder.”²⁷³

Kanun koyucunun, cezaların infazıyla ilgili olarak, genel önlemeyi ve özel önlemeyi amaçladığı, 5275 s. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da (CGTİHK) açıkça belirtilmektedir. Şöyle ki; CGTİHK’nin 3 üncü maddesinde,

“[c]eza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.”

hükmüne yer verilmekle, infazda temel amacın, genel önlemeyi ve özel önlemeyi sağlamak olduğu, açıkça belirtilmiştir. Centel/Zafer/Çakmut’a göre,

“ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesine ilişkin kurallar iyileştirme dolayısıyla cezanın özel önleme amacına hizmet edebilir. Yasakoyucunun infaz yasası ile cezanın genel önleme amacını gerçekleştirmeyi hedeflemesi yerinde olmamıştır.”²⁷⁴

Böylece, ceza sisteminin bir bütün olarak tesisıyla güdülen amaç ile her bir suçun işlenmesiyle hükmedilen somut cezalandırma ile güdülen amaç ve cezanın infazıyla güdülen amaç arasında bir tefrik yapmak mümkün gözükmemektedir.

Burada, cezalandırmadaki amaç ile cezanın infazında izlenecek amacın birbirlerini tamamen kapsayan konular olmadığına işaret etmekte fayda vardır. Şöyle ki, cezanın infazından sorumlu kişi ve kurumların özel önleme ve genel önleme amaçları üzerine yoğunlaşmaları, cezalandırmanın temel amacı olarak mutlak teorilerin tamamıyla dışlanmış olduğunu göstermez. Zira, infaz aşamasında, zaten, infaz edilmek üzere, elde bir ceza hükmü mev-

²⁷³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 542.

²⁷⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 543.

cuttur. Daha açık bir ifadeyle, zaten, kanun yoluyla bir ceza öngörölmüş ve yargılama makamı tarafından bu cezaya hükmedilmiştir. İnfazda, genel önleme ve özel önleme amaçları üzerine odaklanması, cezanın konulması ve hükmedilmesi aşamalarında yalnızca genel önleme ve özel önleme amaçlarının izlenmiş olduğu anlamına gelmez.

CGTİHK m. 6/1-c'de ise, hapis cezalarının “infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanakları[ın] kullanıl[acağı]” belirtilmiştir. Ancak, aynı fıkraya göre, “[h]ükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.” CGTİHK m. 6/1-d'ye göre ise,

“[i]yileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.”

Centel/Zafer/Çakmut'a göre, “Türk yasakoyucusunun suçu cezanın genel ve özel önleme işleviyle engellemek istediğini ve cezanın amacını kefarete olarak belirlemediğini söylemek mümkündür.”²⁷⁵

Türk Kanun koyucunun genel önlemeyi ve özel önlemeyi amaçladığı doğrudur. Ancak, Türk ceza hukukunda önleme amacının çerçevesinin kusur ilkesiyle çizildiği; bir başka deyişle, genel önleme ve özel önleme amacına ulaştıracağı düşünülen cezanın, failin kusurunun ölçüsü tarafından sınırlandırıldığı görölmektedir. Bu durum ise, kanaatimizce, Türk ceza hukukunda özel önleme ve genel önleme amacının, yalın halleriyle benimsenmediğini göstermektedir. Zira, bu teorilerin yalın halinde, cezanın ölçüsünün belirlenmesinde, failin kusurundan ziyade, iyileştirilmeye duyulan ihtiyacının ve fail dı-

²⁷⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 543.

şındaki kişilerin suç işlemlerinin önüne geçebileceği düşünülen miktarın dikkate alındığını söylemek mümkündür.²⁷⁶

X. CEZANIN ESASI ve CEZALANDIRMAKTAKİ AMAÇ KONUSUNDAKİ GÖRÜŞÜMÜZ: BÜTÜNCÜL TEORİ

A. Ceza, Suç Karşılığında Verilen Tabî Bir Tepkidir

Cezalandırmadaki amaç bakımından ileri sürülen ve yukarıda açıklanan teorilerin hiçbiri, yalın haliyle konuyu kuşatmaya yeterli değildir. Kanaatimizce, aslında, bu teoriler, bir bütünün değişik veçhelerden görünüşleriyle ilgilidir. Bu yaklaşımların isabetli bulunan yönlerinden müteşekkil olup, doktrinde karma teoriler olarak adlandırılan teoriler de bulunmaktadır. “Karma” kelimesi, en az iki unsurun mezcedilmesini ifade etmekle, kendisinden önce bulunan en az iki unsura işaret eder. Duruma tersinden bakıldığında, aslında, -“karma” teoriler de dahil olmak üzere- teoriler, bir bütünün çözümlene çalışmalarıdır. Bu bakımdan, bizim isabetli bulduğumuz bütüncül teorinin karma teori olarak adlandırılması, gerçeği yansıtmamaktadır.

Kanaatimizce, değer yargısı barındıran bir kavram olarak ceza, yine değer yargısı barındıran bir kavram olan suçun tabî bir karşılığıdır. Teorik olarak, bir davranışın suç olarak ihdas edilmesi, o davranışın toplum tarafından onaylanmayan, kınanan, olumsuzluk atfedilen bir davranış olduğunun göstergesidir. Hatta, olumsuzluk atfedilen bir davranışın, hukuk tekniği bakımından suç olarak ihdas edilmesi, teorik olarak, o davranışın, toplum tarafından, diğer hukuka aykırılıklardan daha ağır bir ihlâl olarak görüldüğünün bir

²⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1970/42, K. 1971/30 sayılı kararında Lütfi Ömerbaş'ın ve Avni Givda'nın ortak muhalefet şerhinde şu ifadeler yer bulmuştur: “Çağdaş ceza ve infaz hukuku alanında eski katı cezalandırma düzeninden uzaklaşma ve bir yandan adalet duygusunu doyurucu, suçluyu gerçekten ıslah edici ve tekrar suç işlemekten alıkoyucu, diğer yandan da toplumu suç ve suçlulara karşı gereği gibi koruyucu sonuçlara varabilmek üzere, suçlunun kişiliğinde ve suçun işleniş biçimindeki ince ayrımları değerlendirmeye elverişli, daha esnek ve yumuşak bir düzene yönelme eğilimi ve girişimi bir zorunluluk olarak, hele son yıllarda, önem ve yoğunluk kazanmıştır”. T.C. Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, (Erişim) http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=342&content=, 9 Nisan 2012.

göstergesi olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle, teorik olarak, toplum, en fazla kınanmaya müstahak gördüğü davranış biçimlerini suç olarak ihdas etmektedir.

Aslında, cezayı, insanların olumsuzluk atfettikleri bir davranışla karşılaşmalarında gösterdikleri davranış biçimleriyle paralel olarak izah etmek mümkün olabilir. Kendi değer yargıları itibariyle olumsuz addettiği bir davranışla karşılaşan insan, değişik tutumlar sergileyebilir. Aşağıda, öncelikle, böyle bir davranışla karşılaşan insanın bu davranışın doğrudan muhatabı olduğu durumlardan hareketle açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra, olumsuzluk atfedilen davranışa kendisi değil ama bir yakını doğrudan muhatap olan insan bakımından ve olayla doğrudan bir ilişkisi bulunmamasına rağmen olaya tanıklık eden insan bakımından açıklamalarda bulunulacaktır.

Olumsuz addettiği bir davranışın muhatabı olan insanın, bu davranış karşısındaki “incitme saikli” istekleri üçe ayrılarak incelenebilir. Birinci ihtimal, kişinin, olumsuz addettiği bu davranışın aynıyla mukabele etmek istemesidir. İkincisi, kişi, aynıyla olmasa da karşı davranışın benzeriyle mukabele etmek isteyebilir. Üçüncü ihtimalde, kişi, aynıyla veya benzeriyle karşılık vermek istemese de, kendi değer dünyasını inciten bu davranış mukabilinde, bu davranışı gerçekleştiren kişinin de bir şekilde “incinmesini” isteyebilir.

Yukarıda anlatılanlar, “olumsuz” davranışın muhatabının saikinin hep “incitme” olduğu hallere ilişkindir. Aynı durumdaki kişilerin, aynı davranış karşısında, aynı davranışlarda bulunulmasını, farklı saiklerle istemesi mümkündür. Böylece, olumsuz davranışla karşılaşan kişinin, olumsuz davranışın sahibinin incinmesi saikini içermeyen bir tepkide bulunması muhtemeldir. Örneğin, kişinin, gerçekten de “olumsuz” davranışın sahibinin iyiliğini düşünerek ve karşıdaki kişinin bir uyarıyla “kendisine gelmesi”ni²⁷⁷ amaçlayan bir ikaz mahiyetinde olmak üzere aynı davranış biçimlerinin gerçekleşmesini istemesi mümkündür. Bu durum, tekemmül bakımından daha ileri bir ruh hâlinin ifade-

²⁷⁷ Bkz.: Aşağıda, “Cezanın İnfazında Suçlunun Islâhı Amaçları” başlığı altında, ıslâh ile ilgili olarak yapılan açıklamalar.

si olarak karşımıza çıkar. Ruh hâli, zamandan zamana ve kişiden kişiye göre farklılık arz edebilir. Şöyle ki, kişinin kendisinin veya bir yakınının olumsuz davranışa doğrudan muhatap olduğu hallerle, bir başkasının muhatap olmasına tanıklık ettiği haller arasında, kişinin sergileyeceği olgunluk bakımından fark olabilir. Yine, aynı durumlar karşısında, farklı kişilerin farklı tepkilerde bulunması muhtemeldir. Ayrıca, aynı kişi, aynı durumlar karşısında farklı zamanlarda farklı tepkilerde bulunabilir. Onun içindir ki, olumsuzlukla karşılaşan bireye, psikolojik olarak, “dur, düşün, tepki ver” önerisinde bulunulur.²⁷⁸ İşte, gerek ceza kanunlarının somut olaylara göre değil de soyut olarak belirlenmesinde; gerek tabiî hâkim ilkesinde; gerek bağımsız bir ceza yargısının tesisinde, olumsuzluk atfedilen davranışlar karşısında gösterilecek tepkinin, tabir uygunsa, “durup düşünülerek” verilen bir tepkiyle paralellik arz etmesi gibi bir fayda vardır.

Olumsuz davranışla karşılaşan kişinin, yukarıda belirtilen türden bir uyarıyı da istememesi ancak, olumsuz davranış sahibinin insafa gelmesini arzu etmekle yetinmesi de mümkündür. Bu ihtimalde, kişinin isteği, olumsuzluk atfettiği davranışı gerçekleştiren kişiye karşı dış dünyaya yansıyan bir fiilde bulunulmasına yönelik değildir.

Yukarıda, olumsuz davranışla karşılaşan kişinin gösterebileceği tepkilere yer verildi. Bu tepkiler içerisinde, dışa yansıyanlar olduğu gibi, dışa yansımaya, insanın iç dünyasında kalanlar da mevcuttur. Ancak bir şeyin tepki sayılması için, onun dışa yansması şart değildir. Her halükârda, karşılaşılan olumsuz davranışın, kişinin sahip olduğu değer yargılarını hatırlatması, vurgulaması gibi bir işlevi olmaktadır.²⁷⁹ Toplumsal olarak bakıldığında, bir toplumun varlığından söz edebilmek için onun müşterek değerlere sahip olması gerekir ve olumsuzluk atfedilen davranışlar karşısında toplu halde tepki ve-

²⁷⁸ “Öfkeli kişiler, ‘Dur – Düşün – Tepki ver’ kuralını uygulayabilirler. İnsan düşünmeden tepki verirse, saldırganlaşacağından hata yapabilir.”: Tarhan, **a.g.e.**, s. 185.

²⁷⁹ Bkz.: Durkheim’cı doğrultudaki gereklilik kuramı: Mustafa Tören Yücel, **Kriminoloji**, Ankara, Başkent Matbaası, 2003, ss. 53-57, özellikle s. 56.

rilmesi, toplu halde yaşamanın doğal bir uzantısı olmak gerekir.²⁸⁰ Böylece, olumsuzluk atfedilen bir davranış karşısında bireysel olarak gösterilebilecek tepkilerle toplumsal olarak gösterilebilecek tepkiler arasında benzerlikler mevcuttur.

Diğer taraftan, olumsuz davranışa karşı gösterilecek tepkiye karşı, olumsuz davranış sahibinin tutumu da farklılık arz edebilir. Bu kişi, “canının yanması”yla, ikaz edilmiş bir ruh haline kavuşabilir. Burada, canını yakan tepkiyi veren kişinin, bu kimsenin dünyasındaki yeri önemlidir. Başka bir deyişle, bu tepkinin, kişinin saygı duyduğu bir kimse tarafından verilmesiyle saygı duymadığı bir kimse tarafından verilmesi farklı sonuçlar doğurabilir. Yine, güvenilen kişilerin tepkileri ile güvenilmeyen kişilerin tepkileri farklı sonuçlar doğurabilir. Bu örneğimizi, devlet tarafından infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına uyguladığımızda, cezayı koyan toplumun ve cezayı veren ve bu cezayı infaz eden devletin, cezanın muhatabının dünyasındaki yeri önem arz etmektedir. Cezanın, muhatabının gözünde âdil olması, onun ıslâh etkisiyle doğrudan alâkalıdır.²⁸¹ Cezanın bir fonksiyonu, kişinin, gerçekleştirmiş olduğu haksızlık sebebiyle sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun bilincine varması, bunu aktüel biçimde hissetmesi²⁸² ise, bu bilincin ve hissin oluşması daha önceki bir bilinci gerektirmektedir. Bir başka deyişle, kişinin, içerisinde yaşadığı toplumun değer yargılarını genel olarak benimsemiş olması; aynı zamanda, kişinin, cezayı veren ve infaz eden makamların da bu değer yargılarına göre hareket ettiği kanaatinde olması, bu “sorumluluğun aktüel biçimde hissedilmesi”ne hizmet edecektir.

²⁸⁰ Dönmezer ve Erman’a göre, ceza, “[s]uç teşkil eden bir davranışa bağlanmış sosyal tepki”dir: Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, İstanbul, Onikinci Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s. 541.

²⁸¹ Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin gerekçesinde, “ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir” ifadelerine yer verilmiştir. Fatma Karakaş Doğan’a göre, “sadece gerekli ve adil olan ceza, failin sosyalleşmesine ve genel önlemeye hizmet eder.”: Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 51.

²⁸² Özgenç, **4. bası**, s. 29.

Sonuç olarak, doğal olan, olumsuzluk atfedilen bir davranış karşısında, insanın dışa yansıyan bir nitelik arz etmese bile bir tepki vermesidir. Teorik olarak, ceza, toplumda en yüksek derecede olumsuzluk atfedilen davranış biçimleri karşısında, toplum tarafından verilen doğal bir tepki olarak nitelendirilir.

B. Cezalandırmadaki Genel Amaç İyiliğin Hâkim Kılınmasıdır

Yukarıda ifade edildiği üzere, suç ve ceza kavramları, değer yargısından yoksun kavramlar değildir. Teorik olarak, suç, kötülüğü; suç işlenmemesi, iyiliği; cezalandırma ise, “iyiliğin”/“hak”kın üstünlüğünün vurgulanmasını temsil etmektedir. Başka bir deyişle, her bir cezalandırma, kötülüğün kınanması suretiyle, iyiliğin üstünlüğünün ve hâkimiyetinin teyit edilmesidir. Cezalandırmadaki genel amaç, suç tanımlarıyla korunan hukukî değer kavramıyla yakından ilişkilidir. Zira, korunan bu değerler, teorik olarak, “iyi”yi temsil etmektedir ve ceza sistemi bu “iyi”leri korumak, zarara uğramadan önce ve zarara uğradıktan sonra onların üstünlüklerini vurgulamak gibi bir işlev görmektedir.

Cezalandırmanın genel amacı, onun bütün amaçlarıyla ilgilidir. Devletin genel amacı ile ceza sisteminin bir bütün olarak amacı ve her bir müşahhas cezalandırmanın amacı, iyiliğin hâkim kılınmasında birleşmektedir.

C. Ceza, Haksızlığın Tasvip Edilmeyişinin Bir İfadesidir ve Bu Tasvip Etmeyişin Bir İfade Biçimidir²⁸³

Ceza, gerçekleştirilmiş olduğu düşünülen bir haksızlığın tasvip edilmeyişinin bir ifade biçimi olarak karşımıza çıkar. Kişinin hakkını veya hürriyetini en fazla sınırlayan veya ortadan kaldıran bir yaptırım olarak ceza²⁸⁴, teorik

²⁸³ Ceza, hem bu tasvip etmeyişe işaret eder hem de bu tasvip etmeyişi aktarır.

²⁸⁴ “Ceza Hukuku, kişi hak ve hürriyetleri üzerinde en fazla etkisi olan bir hukuk disiplindir”: İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 13. Yine, “suç [koyma], hürriyetlerin en vahim tahdidini intaç eden bir fiildir”: AYM’nin, 28.3.1963 tarihli ve E. 1963/4 K. 1963/71 sayılı kararında (karara, Anayasa Mahkemesi’nin İnternet sitesin-

olarak, haksızlık derecesi en yüksek olduğu düşünölen davranışlar, yani suç olarak kabul edilmiş davranışlar karşısında tatbik edilir. Böylece, ceza, en yüksek derecedeki tasvip etmeyişlerin, en şedit biçimde ifade edilmesidir.²⁸⁵ Bir başka anlatımla ceza, “suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanması[...], müşahhaslaşması”²⁸⁶dır. Cezanın muhatabı, bu bakımdan, mahkûmla sınırlı değildir. Cezanın infaz edilmesiyle, mahkûma “gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak” amaçlanır.²⁸⁷ Bu uyarının, mahkûmun kişiliğinden ziyade onun davranışı üzerine odaklanması; mahkûmun, toplumun bir üyesi olarak kabul edilmeye devam edildiğinin ancak gerçekleştirmiş olduğu davranışın tasvip edilmediğinin ifade edilmesi önemlidir. Diğer taraftan, cezanın mahkûma tatbik edilmesiyle, haksızlığın tasvip edilmeyişi, hem mahkûma hem suçun özel anlamda mağduruna, hem de toplumun geneline ifade edilmektedir. Cezanın bu özelliği, onun pozitif genel önleme etkisiyle yakından ilgilidir. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, pozitif genel önleme görüşünde, cezalandırmanın amacı, “ihlal edilen davranış normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir.”²⁸⁸

D. Cezanın Ölçüsünü Belirlemede Kusur Etkilidir

Cezanın, suç karşılığında verilen tabiî bir tepki olduğunu ifade ve izah etmemiz, cezanın ölçüsünün belirlenmesi meselesini çözüme kavuşturmaktadır. Suç tanımıyla korunan hukukî değerle birlikte, kusur, cezanın hem

den (www.anayasa.gov.tr) ulaşılabilir) üyeler Rifat Göksu'nun ve İ. Hakkı Ülkmen'in ortak muhalefet şerhinden; ifade için ayrıca bkz.: Özgenç, Şahin, **a.g.e.**, s. 19.

²⁸⁵ Bir düşünce değişik şekillerde (alçak sesle, yüksek sesle, maddî bir kuvvet uygulamak suretiyle vs.) ifade edilebilir. Roux'a göre de ceza müeyyidesi, “[...] kanuna saygı duyan ve riayet gösteren namuslu insan ile onu ihlâl eyleyen haydudun tavır ve hareketi arasında [ayırım yapan] kamu oyunun hükmü[nün ...] en güçlü şekillerinden birini oluştur[ur]”: Dönmezer, Erman, ss. 542-543.

²⁸⁶ Armin Kaufmann, **Normentheorie**, s. 228'e atf yapan: Özgenç, **4. bası**, s. 29, dn. 57.

²⁸⁷ Özgenç, **5. bası**, s. 577.

²⁸⁸ Özgenç, **4. bası**, s. 29.

temelini teşkil eder hem de ölçüsünü tayin eder.²⁸⁹ Kusur, her bir somut olayda kişilerin cezai bakımdan sorumlu tutulup tutulamayacağıyla ilgili olmakla sınırlı bir kavram değildir. İnsanoğlunun cezaî bakımdan genel olarak sorumlu tutulabilmesi ile kusur kavramı arasında doğrudan bir ilişki vardır. Yukarıdan beri izah edildiği üzere, insan, akıl ve irade sahibi olduğu için ve sahibi olduğu kadarıyla, sorumlu tutulmaya çalışılmalıdır. Örneğin akıl hastalarının ve yaş küçüklerinin cezaî sorumluluğunun tespiti, onların, akıl ve irade sahibi olmak bakımından sağlıklı yetişkinler gibi olmadığına kabulüne dayanır. Kusur, gerçekleştirmiş olduğu haksızlık dolayısıyla bir kişi hakkındaki kınama yargısını ifade ediyorsa²⁹⁰, insanlar ancak akıl ve irade sahibi oldukları ölçüde kusurlu addedilebilirler.

E. Cezanın İnfazında Suçlunun Islâhı Amaçları

Cezalandırmadaki genel amacın iyiliğin hâkim kılınması olduğunu ve cezanın, suç karşılığında verilen tabîî bir tepki olduğunu, yine cezanın, haksızlığın tasvip edilmeyişinin bir ifadesi olduğunu ve ölçüsünün belirlenmesinde kusurun etkili olduğunu kabul etmek, cezanın infazında başka amacın veya amaçların kabul edilemeyeceği anlamına gelmez.²⁹¹

Cezanın infazında, suçlunun ıslâhı amaçlanır.²⁹² Islâh, insana, insanın ruhuna, aklına, iradesine ve diğer özelliklerine hürmetle muamele etmekle gerçekleşir. Kişinin, cezanın özünde bulunan ezayı hissetmesi, insana hürmetsizlik anlamına gelmez. Islâh, kastettiğimiz anlamıyla, kişinin tedavi edilmesinden farklı bir kavramdır. Burada, olumsuzluk, failden ziyade, gerçekleştirdiği davranışa atfedilmektedir. Islâh sonucunda, davranışlara, hislerden

²⁸⁹ “[k]usur prensibine riayet edilmeksizin tatbik edilen cezanın hiçbir meşruluk temeli mevcut değildir. Kusur prensibi, aynı zamanda tatbik edilen ceza açısından bir sınırlama da ifade etmektedir.”: Özgenç, **4. bası**, s. 575.

²⁹⁰ Özgenç, **4. bası**, s. 344.

²⁹¹ Bu konuda bkz.: Yukarıda, “Cezalandırmadaki Amaç Bakımından Türk Hukuku” başlığı altındaki açıklamalar.

²⁹² Özgenç’e göre; “suç işleyen kişinin mahkûm olduğu cezanın infaz edilmesiyle güdülen asıl amaç, kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezanın infazıyla mahkûm gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir yaşantı sürmeye yatkın duruma getirilmelidir.”: Özgenç, **5. bası**, s. 577.

ziyade aklın galip gelmesine çalışılır. Böylece, amaç, kişinin ıslâh olarak ceza yaptırımından kurtulmasının yanında, ıslâh olarak, gerçekleştirdiği davranışın kendi üzerindeki olumsuz etkilerinden de mümkün olduğunca kurtulmasının sağlanmasıdır. Bu kabul, ıslâh ile “yeniden topluma kazandırma” kavramlarının farkına da işaret eder. Zira ıslâh, cezasının infazı tamamlanan hükümlü, farazî olarak, bir toplum içerisine dönecek olmasa bile, geçerli olan bir kavramdır. Kişinin, toplumsal kurallara uyum göstermesi, değişik saiklerle gerçekleşebilir. Islâh olmuş kişinin, toplumsal kurallara riayeti, onun, “iyi”yi benimseyerek, içselleştirerek, kanıksayarak tercih etmesindedir.²⁹³ Anlatılanlar, cezalandırmadaki genel amaç olan, iyiliğin hâkim kılınmasının bir veçhesiyle ilişkilidir. Zira, kişilerin, “iyi” olanı, üstelik benimseyerek tercih etmesi, iyiliğin hâkim olmasına hizmet edecektir.

XI. BÜTÜNCÜL TEORİDE KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARI İLE ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ MUKAYESESİ

Ceza yaptırımlarındaki çeşitlilik, cezalandırmadaki amaç konusuna tek yönlü olarak yaklaşmayan bütüncül teorinin amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet eder.²⁹⁴

İnsanın **tekemmül etmek**²⁹⁵ konusundaki aslî vazifesi ve hakkı göz önünde bulundurulduğunda, kişinin, toplum içerisinde daha fazla “pratik” yapma imkânı bulabileceğinden bahisle, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, belirtilen aslî vazife ve hak bakımından kısa süreli hapis cezalarına nispetle avantajlara sahip olduğu söylenebilir. Zira, insanın

²⁹³ Böylece, belki de, rehabilitasyon ve resosyalizasyon kavramları etimolojik bakımdan, kişinin diğer insanlarla münasebetiyle daha fazla ilgiliyken; ıslâh kavramı, kişinin iç dünyasıyla daha fazla ilgilidir.

²⁹⁴ Çetin’e göre de, “[c]ezalandırmanın amacı birçok alana yayıldıkça, bu amaçları gerçekleştirecek birçok ceza türüne de ihtiyaç hasıl olmaktadır.”: Çetin, a.g.e., s. 10. Çetin, seçenek yaptırım uygulamasının, cezalandırmadaki amaç konusundaki uzlaştırıcı (karma) teorilerle uyum içerisinde olduğu görüşündedir: Çetin, a.g.e., ss. 26-27.

²⁹⁵ Özgenç, “insanın varoluş amacı”nın, “şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirmek” olduğunu belirtir: Özgenç, **4. bası**, s. 19. Yazar, bununla ilgili olarak, şu şekilde dipnot verir: Max SCHELER’dan naklen Arthur KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen, 1964, sh. 12.

kabiliyetlerinin inkişafı konusunda, bu kabiliyetlerin uygulanma imkânı bulması önemlidir. Söylenbilir ki, cezalandırmadaki amacın, insanın tekemmül etme amacıyla paralellik arz etmesi isteniyorsa; ya da ceza uygulamasının, insanın aslî amacına mümkün olduğunca az ket vurması bekleniyorsa, mahkûmun toplum içerisinde bulunması, ceza infaz kurumunda bulunmasından daha iyidir. İnsanın tekemmül etmek hususundaki aslî vazifesi ile, cezalandırmayla güdülen amaca ulaştırılabileceği düşünülen yaptırımlar arasından kişi hürriyetini en az sınırlayanı tercih edilmesi ilkesi arasında paralellik vardır. Zira, kişinin hem sorumlu sayılmasının hem de gelişiminin temelinde yatan kavram, hürriyettir. Denilebilir ki, kişiyi hürriyetinden gereğinden fazla mahrum etmek, onun gelişimi açısından olumsuzluklar taşıyabilecektir. Bu bakımdan, hapis cezasının “son çare” olma niteliği ile bağlantı kurulabilir. Yine, onarıcı adalet yaptırımlarında, kişinin, aktif pozisyon almasıyla, gerçekleştirdiği haksızlığın kendisi üzerinde bıraktığı izlerin silinmesi bakımından avantaj sağladığı düşünülür.

Kısa süreli hapis cezalarının, **islâh ve rehabilitasyon** amaçları²⁹⁶ bakımından sakıncaları olabilmektedir.²⁹⁷ Yukarıda belirtildiği üzere, rehabilitasyon yerine, kimi zaman, yeniden topluma kazandırma manasına gelen resosyalizasyon kelimesi de kullanılmaktadır. Yeniden topluma kazandırma bakımından, kişinin cezasının, “kazandırılacağı” toplumun içerisinde infaz edilmesinin, toplumdan soyutlanarak infaz edilmesine nispetle daha uygun olduğu söylenebilir. Kanun koyucu da bu gerçeğe hareketle, örneğin, mahkûmun ceza infaz kurumundan salıverilmesi sonrasında topluma intibakını kolaylaştırma amacıyla, izinler ve gevşetilmiş infaz rejimleri öngörmüştür.

²⁹⁶ Çetin’e göre, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (m. 50/1-b) yaptırımı, “kefaret” niteliğindedir. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c) ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f) yaptırımları ise, “fâilin ıslah edilmesine yönelik seçenek yaptırımlar”dır. Yazara göre, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d) ve ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e) yaptırımlarının ise “fâili yeniden suç işlemekten alıkoymaya yönelik” oldukları söylenebilir.: Çetin, **a.g.e.**, s. 27.

²⁹⁷ Bkz.: Gökçen, **a.g.m.**, s. 52.

Kısa süreli hapis cezalarının ıslâh ve rehabilitasyon bakımından uygunluğu tenkit edilmiştir. Buna göre, kısa süreli hapis cezası, mahkûmun uslandırılması, topluma yeniden uyumunun sağlanması için gerekli olan süreyi karşılamamaktadır.²⁹⁸ Dikkat edilmesi gereken husus, burada, kısa süreli hapis cezasının uzun süreli hapis cezası ile mukayese edilerek bir sonuca varılmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, buradaki tenkit, hapis cezasının kendisine değil; kısa süreli hapis cezasının “kısa”lığındadır. Hâl böyle olunca, bir hapis cezasının kısa süreli sayılması bakımından cârî olacak üst sınır önem taşımaktadır. Zira, kısa süreli hapis cezalarıyla uzun süreli hapis cezaları arasındaki sınır, mesela, üç aylık süreyle çizilebileceği gibi altı aylık veya bir senelik süreyle de çizilebilir. Bu sınır, uygulanacak her bir program açısından ayrı ayrı ele alındıktan sonra, kısa süreli hapis cezasının ıslâh ve rehabilitasyon açısından uygunluğu değerlendirilmedi. Konunun, bizim bahsimizle doğrudan alâkalı olan kısmı, rehabilitasyon bakımından istenilen sonucu vermeye müsait olmayan bir hapis cezasının, bu amaç bakımından uygulanmasının uygunsuzluğudur. Zira, kişinin rehabilitasyonu amacıyla, kusurunun ağırlığıyla orantılı olduğu kabul edilen sürenin üzerinde bir süreyle kişiyi içeride tutmamız mümkün olmadığına göre, kısa süreli hapis cezası yerine başka yaptırımlara, mesela onarıcı adalet yaptırımlarına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına başvurmamız gerektiği, mantıkî bir sonuç olmaktadır. Bu anlatılanlar, bütüncül teoride cezanın ölçüsünün kusurun ağırlığıyla oranlı olarak belirlenmesiyle doğrudan ilgilidir. Eğer cezalandırmadaki amacın sadece rehabilitasyon olduğu kabul edilseydi; kişinin kusurunun ağırlığına bakılmaksızın, failin rehabilitasyonu için gerekli olan süreye göre kişinin infaz kurumunda tutulması mümkün olabilirdi. Böylece, kısa süreli hapis cezasının salt kısıtlığı nedeniyle yapılan eleştiri, bu cezaların, rehabilitasyonu sağlamak için yeterli olan sınıra çekilmesi suretiyle cevaplandırılabilirdi.

Kısa süreli hapis cezaları ile onarıcı adalet yaptırımının veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, cezalandırmadaki amaçlar

²⁹⁸ Dönmezer, Erman, s. 646.

bakımından bir diğer mukayesesi, kişinin **içinde bulunduğu çevrenin** onun suçluluğu üzerindeki muhtemel etkileriyle alâkalıdır. Ceza infaz kurumunun, bu bakımdan, muhtemel iki olumsuz etkisinden bahsedilebilir. Birincisi, kişinin suç oluşturan davranışları öğrenmesiyle; ikincisi, suç oluşturan davranışı kanıksamasıyla ilgilidir.

Şöyle ki, mahkûm, ceza infaz kurumunda, kendi dünyası için yeni olan suç tipleri hakkında bilgi sahibi olabilecek, suçların işleme yolları bakımından malûmat edinebilecektir. Suç oluşturan davranışın kanıksanmasına gelince; bu, iki bakımdan söz konusu olabilir. Öncelikle, kişi, hâli hazırda işlemiş bulunduğu suçu kendi dünyasında normalleştirebilir. İkincisi, diğer mahkûmların işlemiş buldukları suçlar normalleştirilebilir. Yukarıda belirtildiği üzere, ceza, suç oluşturan davranış hakkındaki olumsuz yargının bir ifadesidir. Olumsuz yargının, suçludan çok, suç oluşturan davranışa odaklanması önemlidir. Zira, burada, en başta kötülünen şey, suç teşkil eden davranıştır. Somut bir suç vakası karşısındaki isabetli bakış açısında; bu suçun somut suçlu dışındaki birçok kişi tarafından da işlenebileceği; zira insanın her zaman iradesine hâkim olamadığı ve kendisinin de yanlış gördüğü davranış biçimlerine temayül edebildiği düşüncesi geçerlidir. Aslında, kimi zamanlar, suçlu tarafından, suç teşkil eden davranışa olumsuzluk atfedilmeyen durumlarla karşılaşılır. İşte, cezanın, suçlunun, suç teşkil eden davranış konusunda taşıyabileceği olumlu değer yargısını tasvip etmeyişin ifadesi olmak gibi bir işlevi daha vardır. Burada da dikkat edilmesi gereken husus, olumsuzluğun, failden ziyade, onun suç teşkil eden davranış konusundaki olumlu tutumuna atfedilmesidir. Olumsuzluğun atfedileceği yer konusundaki bu ayrımların yapılması her zaman kolay olmaz. Kişi, “içeride”, “iyi” insanlar gibi konuşan, yardımlaşan, kendisiyle, mesela, yemeğini paylaşan, onunla dertleşen, “normal” insanlar gibi, yürüyen, uyuyan, yemek yiyen, çiçekleri vs. seven, belki kendisinden daha zeki, belki daha bilgili, belki daha kabiliyetli olarak gördüğü kişilerin işlemiş olduğu suçları normale tahvil etme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Toplum içerisinde ise, ona fiilî ve sözlü olarak örnek olabilecek, ona iyi telkinlerde, tavsiyelerde bulunabilecek kişilerle temas imkânı daha fazladır. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre:

“Cezaevlerinde hükümlüleri işledikleri suçlara ve ahlaki kötülüklerine göre tam bir sınıflandırmaya tabi tutmak ve bu sınıfları birbirleriyle temas ettirmemek tam olarak mümkün değildir. Bu nedenle ilk defa hafif bir suç işleyen tesadüfi suçlunun, cezaevinin uyumsuz suçlu grubu içine karıştırılması, onu suç meslek ve itiyat edinmiş olanların bozucu tesirlerine açık hale getirir. Bu nedenle kısa süreli hapis cezası mükerrirliği artıran sebeplerdendir.”²⁹⁹

Caydırıcılık bakımından, kısa süreli hapis cezalarının, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından, genel olarak daha etkili olduğu söylenebilir.³⁰⁰ Ancak, bu cezaların, “ilk defa uygulandıkları kimseler üzerinde korkutucu bir etki yaparlarsa da, zamanla ve özellikle mükerrirler üzerinde böyle bir tesir yapmaz ol[dukları]”³⁰¹ düşüncesi göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, ceza infaz kurumlarının, bazı kimselerce “yuva” olarak görüldüğü; özellikle kısa süreli hapis cezası gerektiren suçlar işlenmek suretiyle, barınak ve yeme içme ihtiyaçlarının karşılandığı bilinmektedir. Bu bağlamda, caydırıcılığın değişik görünümelerini dikkate almakta fayda vardır. “[D]ürüst bir vatandaş korkutan” “hapse girmiş, çıkmış olmak lekesi”ne işaret eden Artuk/Gökçen/Yenidünya’ya göre,

“[k]ısa süreli bir ceza ile lekelenen vatandaş suç yolundan dönecek manevi engeller yıkılmış olmaktadır. Oysa böyle bir manevi engeli mutlak bir zorunluluk olmadıkça yıkmamak toplumun menfaatinidir”.³⁰²

Gerek **failin kendisini algılama biçimine, gerekse diğer kişilerin faili algılama biçimlerine tesiri** bakımından, hapisyanenin olumsuz özelliklerine

²⁹⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 865. Dönmezer ve Erman da, cezanın toplu halde çekilmesi hâlinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, “mahkûmun diğer suçlularla teması neticesi, kötü huyların geçmesi dolayısıyla ahlâken bozulmasına sebebiyet ver[diği]”ni belirtirler: Dönmezer, Erman, s. 647.

³⁰⁰ Bkz.: Gökçen, **a.g.e.**, s. 52. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın “kısa”lığı sebebiyle, uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan daha az korkutucu olduğu hakkında bkz.: Dönmezer, Erman, s. 646.

³⁰¹ Dönmezer, Erman, s. 647.

³⁰² Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 864.

değınmek gerekir. Yukarıda, hapse girmiş olmanın, failin kendisini algılama biçimine olan tesirine değınıldı. Bunun yanında, hapse girmiş çıkmış olan bir kimseye karşı, toplumu oluşturan diğfer fertlerde görülecek olumsuz tutumlara; bu olumsuz tutumların, failin maddî ve manevî bütünlüğüne etkisine; bu etkinin faille sınırlı kalmayıp, failin ailesine ve yakınlarına da sirayet edebileceğine işaret etmek isteriz.³⁰³

Cezanın **iletışim fonksiyonu** bakımından, özellikle cezanın belirlenmesi sürecine mağdurun veya üçüncü kişilerin katıldıkları durumların, cezanın ifade ettiğı kınama yargısını aktarmak bakımından avantajlara sahip olduğı söylenebilir. Yine, **cezanın pozitif önleme etkisi** bakımından, uygulanan somut cezadan daha fazla kişinin haberdar olduğı durumların, diğfer durumlara nispetle taşıdığı avantaja işaret edilebilir.

Yukarıda belirtildiğı üzere, **olanaksızlaştırma** deyince ilk akla gelen cezalardan birisi hapsedir. Gerçekten de hapis cezası, mahkûmun, haphane dışındakilere karşı işleyebileceğı suçlar bakımından önemli derecede önleyici bir cezadır. Ancak, hem mahkûmun haphanedekilere karşı hem de haphanedekilerin mahkûma karşı suç işleyebileceğı gözden uzak tutulmalıdır. Bu bakımdan, örneğın ev hapsinin, görelı bir avantaja sahip olduğı söylenebilir. Diğfer taraftan, mahkûmun “dışarıdakilere” karşı işleyebileceğı suçlar açısından, kanaatimizce, haphanede infaz edilen hapis cezasının görelı üstünlüğü devam etmektedir. Yine, mahkûmun haphanede olduğı sürece suç işleminin olanaksızlaştırılması ancak haphaneden çıktıktan sonra hem kendisinin suç işleminine hem de kendisine karşı suç işlenmesine pek etkili olunamadığı durumların suçun önlenmesine ne ölçüde hizmet ettiğı tartışmadan uzak kalmamalıdır.³⁰⁴

Olanaksızlaştırmayla da ilgili olarak, **mahkûmun güvenliğinin** sağlanması bakımından, kısa süreli hapis cezalarının toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına nispetle hem avantajından hem de dezavantajın-

³⁰³ Bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., ss. 864-865.

³⁰⁴ Bkz.: Brownlee, a.g.e., s. 37.

dan bahsetmek mümkündür. Failden “intikam” alması muhtemel kişilerin ceza infaz kurumu dışında kalmaları halinde, failin ceza infaz kurumuna alınması, failin güvenliğine, bu bakımdan, önemli ölçüde hizmet eder. Ancak, ceza infaz kurumları, kendi güvenlik sorunlarını barındırmaktadır. Ceza infaz kurumundaki bütün mahkûmların suç işleme konusunda bir şekilde “tecrübeli” olduğu düşünüldüğünde, ceza infaz kurumlarında güvenliğin sağlanması ayrı bir ehemmiyet arz etmektedir. Örnek olarak, şiddet suçlarını itiyat haline getirmiş mahkûmlardan gelebilecek şiddet fiilleri ve mahkûmların cinsel ilişkilerini normal yoldan giderme imkânına sahip olmamalarından kaynaklanan cinsel suçlara maruz kalma tehlikesi gösterilebilir.³⁰⁵

Kısa süreli hapis cezaları ile toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının bir diğer mukayesesi, **ceza adalet sisteminin imkânları** bakımındandır. Zira, cezalandırmayla beklenen amaçların elde edilebilmesi, cezanın ideal şartlarda çektirilmesiyle yakından ilgilidir. Bir başka deyişle, cezalandırmadaki amaç bakımından hangi teori benimsenirse benimsensin, nitelik ve nicelik bakımından yeterli ceza adalet personelinin ve ceza infaz kurumlarının yokluğunda, bu amaçlardan uzaklaşma tehlikesiyle karşı karşıya kalınacaktır.³⁰⁶ Konuyla ilgili olarak, “kısa süreli hapis cezası[nın] cezaevlerindeki kalabalığı ve bunla orantılı olarak infaz masraflarını artır[acağı ve b]öylece cezaevlerinin ıslah edici fonksiyonu[nun] zarar gör[eceği]”³⁰⁷ belirtilmiştir. Cezaevi nüfusunun aşırı kalabalık olması, “yatacak yer, sağlık, çalışma, eğitim ve denetleme olanaklarını”³⁰⁸ olumsuz etkileyecektir.

Cezaların şahsîliği ilkesi bakımından karşılaştırıldığında, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, kısa süreli hapis cezalarına

³⁰⁵ Bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 865.

³⁰⁶ 1963 yılında cezaevlerinde bulunan mahkûmların 78 % i altı aydan az süreyle mahkûm edilmiş kişilerdir ve bu kişiler için Devletin üstlendiği mâlî yük, 20-30 milyondur: 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanuna ilişkin Hükümet Gerekçesi’nden aktaran: Dönmezer, Erman, s. 647; ayrıca bkz.: Kayıhan İçel, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, **İçel Yaptırım Teorisi**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002, s. 68.

³⁰⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 865.

³⁰⁸ Walker, Crime, s. 67’ye atıf yapan: İçel vd., **a.g.e.**, s. 68.

nispetle avantajlarının olduğu gör÷lmektedir. Zira, mahkûmun ceza infaz kurumuna yerleştirilmesi, mahkûmun yakınları bakımından hem manevî hem de maddi açıdan ciddi yoksunluklar meydana getirebilmektedir.³⁰⁹

Birbirine alternatif olabilecek yaptırımların varlığı, yaptırımların **bireyselleştirilmesi** açısından olumludur. Böylece, ikame yaptırımlar olarak onarıcı adalet yaptırımlarının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının hapis cezasının yanında kabul edilmesi, bireyselleştirme açısından olumludur. Yine, ikame yaptırımlar konusunda kabul edilecek esnek bir sistemin, cezaların bireyselleştirilmesi açısından, kısa süreli hapis cezasına nispetle avantajlar taşıyacağı söylenebilir.³¹⁰

³⁰⁹ Bkz.: İçel vd., **a.g.e.**, s. 69.

³¹⁰ Bu konuda bkz.: Çetin, **a.g.e.**, s. 26.

İKİNCİ BÖLÜM
ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ
EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ
CEZA ADALETİ SİSTEMİNDEKİ YERİ

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE KAPSAM

“Seçenek” ifadesi, mevcutlar içerisinde seçilmeye müsait olan anlamına gelmektedir. “İkame” ise, yerine geçen anlamındadır. Her seçenek, ikame edici veya ikame amaçlı olmayabilir. Türk ceza hukukundan hareketle, adli para cezası, hem hapis cezasıyla birlikte “seçenekli yaptırım” olarak hem de hapis cezasına “seçenek yaptırım” olarak düzenlenmiştir. Ancak, adlî para cezası, hapis cezasının, kullandığımız anlamıyla, bir ikamesi değildir.

Seçenek yaptırım olan adlî para cezasını, yine seçenek yaptırımlar olan ikame yaptırımlardan ayıran birinci husus, ikame yaptırımların yerine getirilmemesi hâlinde tekrar hapis cezasına dönülüyor olmasıdır (TCK, m. 50/6). İkinci husus ise, adlî para cezasının elde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi hâlinde farklı olarak, ikame yaptırımların elde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi hâlinde bir başka ikame yaptırıma karar veriliyor olmasıdır (TCK, m. 50/7).

Birer seçenek yaptırım olan ikame yaptırımlar da kendi içinde, “onarıcı adalet yaptırımı” ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

“Toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” kavramının tercih edilmesinin, belki daha doğru bir ifadeyle, bu kavramdan daha uygun bir kavram bulunamayışının nedenleri muhtelifdir. Kavramın İngiliz hukukundaki muadili sayılabilecek olan “community sentences” kavramı üzerinde dahi

tartışmalar yapılırken, ceza hukuku literatürümüzde pek detaylı çalışmalara konu yapılmamış bu konunun adlandırılması aslında çok kolay değildir.³¹¹

Konuyla ilgili olarak tartışılabilir bir başka kavram olan “toplum içerisinde cezalandırma yöntemleri”, bu kavramla ilk defa karşılaşan kişilerde, “hukuk dışı ceza”ları (linç vs.) çağrıştırabilmektedir.³¹²

“Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b), “onarıcı adalet yaptırımı”dır. Bir “ikame seçenek yaptırım” olan onarıcı adalet yaptırımının, neden kendisi gibi “ikame seçenek yaptırım” olan “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımı” olarak kabul edilmediğinin açıklamasında, adli para cezası ile toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının aşağıda izah edilmeye çalışılan farkı yol gösterici olabilir.

“Toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” kavramı da aslında yanlış anlaşılabilir tehlikesi taşıyan bir kavramdır. Şöyle ki, “toplum içerisinde” kavramının, “hapisane dışarısında” kavramıyla özdeşleştirilmesi halinde, adli para cezaları gibi üçüncü tür cezalar da “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” kavramına dahil edilebilir. Zira, adli para cezasının infazı da “hapisane dışarısında” gerçekleşmektedir. Adli para cezasını veya başka türde cezaları “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku

³¹¹ Larsson, “community sanction and measures” teriminin çok geniş ve belirsiz olduğunu belirtir ve bu ibareyi Norveççe’ye çevirmenin kolay olmadığına işaret eder: Paul Larsson, “Punishment in the Community; Norwegian Experiences with Community Sanctions and Measures”, Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 393-419, s. 393. Hollanda’da, “görev cezası” (“task penalty”) kavramı, toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlardan, şüphelinin veya hükümlünün aktif katılımını gerektirenler için kullanılmıştır. Bu yaptırımlar, suçlunun davranışlarındaki değişikliğe ve toplumla yeniden bütünleşmesine odaklanırlar ve toplumu aktif şekilde sürece dahil ederler. Özellikle, “toplum hizmeti” ve “öğrenme/talim programları”, “görev cezaları”na örnek teşkil eder. Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, “Preface”, Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. V-VI, s. V.

³¹² Mesela, Lockhart ve Blair, Kuzey İrlanda’da ve çok daha az ölçüde İrlanda Cumhuriyeti’nde, paramiliter güçlerin, kendinden menkul toplum polisleri gibi hareket ettiklerini; dövme ve sürgün etmek yoluyla “toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlar”ı tevzi ettiklerini ifade etmektedirler: Bill Lockhart, Colette Blair, “Community Sanctions and Measures in Ireland”, Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 285-325, s. 293.

yaptırımları” kavramı dışına çıkarmak, içerisinde yaptırımın infaz edileceği “toplum” kavramının ne surette anlaşıldığıyla ilgilidir. “Toplum içerisinde” kavramı, “toplumla birlikte yaşamaya devam ederken” kavramından öte, infaz edilen yaptırımın bir ölçüye varacak derecede bu yaşamın parçası haline gelmesi olarak anlaşılmasıyla kolaylaşacaktır. Evet, adli para cezası da hazineye bir miktar paranın bir kerede veya taksitler halinde teslim edilmesiyle “toplum içerisinde” infaz edilmektedir. Ancak, bu infazın, teslim aşamasında olup bittiğini, etkileri infazın öncesini ve sonrasını kapsasa da, söylemek mümkündür. Ancak, mesela, ücretsiz çalıştırma yaptırımında, yaptırımın infazı, adli para cezasının infazıyla mukayese edilemeyecek ölçüde, kişinin toplumsal yaşamının bir parçası haline gelmektedir.

Tartışılması gereken bir başka kavram olan “hapis dışı cezalar”ın, konumuz bakımından işaret edilecek birinci yönü, hapis cezası dışındaki bütün cezaları içine alma kabiliyetini haiz olmasıdır. İkinci yön ise, bu kavramın, “ceza” dışındaki yaptırımları içine almıyor olmasıdır. Böylece, “hapis dışı cezalar” kavramı, “onarıcı adalet yaptırımı” kavramıyla ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” kavramıyla örtüşmekten uzaktır. Birincisi, ölüm cezası, para cezası gibi “hapis dışı cezalar”, “onarıcı adalet yaptırımı”na ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”na dahil değildir. İkincisi, “onarıcı adalet yaptırımı”, aşağıda açıklanacağı üzere, “cezalar” ve “güvenlik tedbirleri” yanında üçüncü bir yaptırımdır; “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”nın da hepsi “ceza” değildir.

“Hapis cezasına seçenekler/alternatifler”, bu tezin kapsamından çok daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Bu ifade, hapis cezası dışında uygulanan yaptırımları kapsamanın yanında, bir yaptırım uygulanmasının tercih edilmediği halleri de kapsamaktadır. Dönmezer/Erman, hapis cezasına seçenekleri, üçlü bir tasnife tâbi tutmaktadırlar: Birincisi, “[h]ürriyeti bağlayıcı cezaların infazını değiştirmek maksadını güden tedbirler”, ikincisi, “[h]ürriyeti bağlayıcı cezalardan başka müeyyideleri sağlayan seçenekler” ve üçüncüsü,

“[h]ürriyeti bağlayıcı bir cezanın infazını veya hatta hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini bertaraf eden veya daha genel olarak, hiçbir müeyyidenin uygulanmamasını sağlayan tedbirler.”dir.³¹³ Böylece, bu tez, Dönmezer/Erman’ın yaptıkları tasnifte, daha çok ikinci başlık altında, yani “hürriyeti bağlayıcı cezalardan başka müeyyideleri sağlayan seçenekler” içerisinde değerlendirilebilecek bir çalışmadır.

TCK’nın 50 nci maddesinin başlığı olan, “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” ifadesi de, TCK’daki anlaşılışıyla, “hapis cezasına seçenekler/alternatifler” kavramına benzer şekilde, bu tezin konusunu layıkıyla ifade etmemektedir. Zira, öncelikle, TCK’nın 50 nci maddesinde, “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığı altında, “seçenek tedbirler” olarak sayılan onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının yanında adlî para cezasına da yer verilmesinde de görüldüğü üzere, “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığının içerisine en azından adlî para cezası da girmektedir. Oysa, biz, adli para cezasını, “onarıcı adalet yaptırımı”nın ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”nın dışında tutmaktayız. İkincisi, “seçenek yaptırım” ifadesi, en azından, merkeze hapis cezasının konulduğu bir sistemi ifade etmektedir. Dahası, örneğin Türk hukukunda, “seçenek yaptırımlar” bağımsız uygulama yeteneği dahi olmayan, hapis cezasından çevrilmeye uygulanabilen “ikincil” birer yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Hapis cezasının, günümüz itibarıyla, cezai yaptırım sistemimizin belkemiğini oluşturduğu doğrudur. Ancak bu durumun ne vakte kadar süreceğini kestirememekteyiz. Kaldı ki, “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” esasen “hafif haksızlıklarla” ilgilidir ve “hafif haksızlıkların” cezalandırılmasında başvurulan kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumların giderek genişlemekte, kendilerine giderek daha çok başvurulmakta olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle, suçlar, hafif, orta dereceli ve ağır olmak üzere;

³¹³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: III**, Onikinci bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997, s. 3.

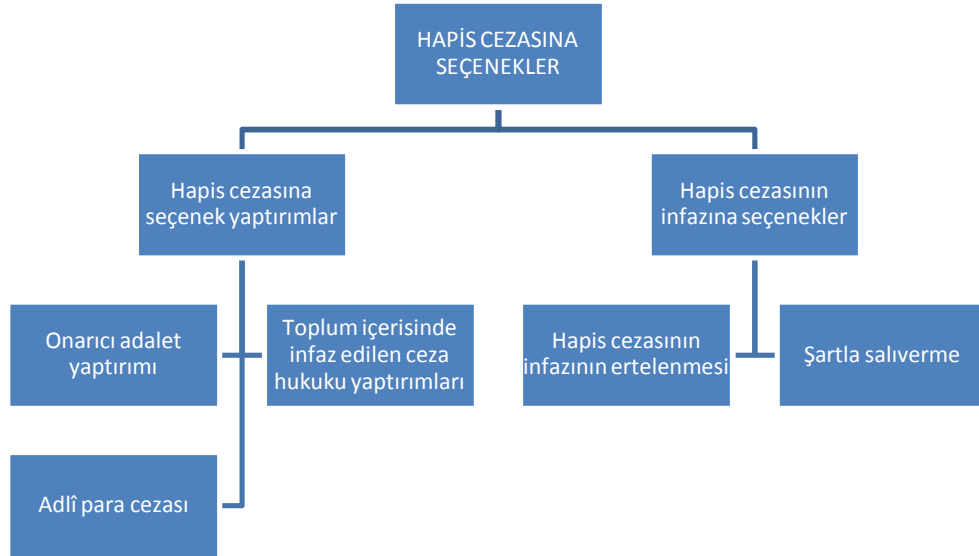
bunun karşılığında, hapis cezaları da, kısa, orta ve uzun süreli olmak üzere tasnif edildiğinde, yani suçlar ve yaptırımlar ağırlık itibarıyla üç dilime ayrıldığında; denk düştükleri haksızlıklar bakımından kısa süreli hapis cezalarının sistemin merkezinde kalması gerekip gerekmediği konusunda ciddi endişeler vardır. Kanaatimizce, bu “hafif” dilimde, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, kısa süreli hapis cezasının ve adlî para cezasının yanında bağımsız bir varlığa sahip olması, başka bir deyişle, hapis cezası ve adlî para cezası gibi doğrudan uygulama yeteneği bulabileceği bir sistemin kurulması üzerinde ciddi bir şekilde düşünülmelidir.

“Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” ifadesinin “onarıcı adalet yaptırımı” kavramını ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” kavramını karşılamamasının bir diğer nedeni, son ikisinin, “hafif dereceli” olmayan haksızlıklar için de, en azından kısmen, uygulanabileceği yönündeki kanaatimizdir.

“Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığının, maksadımızı ifade etmediği böylece izah edildi. Türk Ceza Kanunu’nda “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” içerisinde yer alan “seçenek tedbirler” ifadesi, yukarıda saydığımız sebeplere ek olarak, maksadımızı ifade etmemek bakımından başka bir sebep daha taşımaktadır. “Onarıcı adalet yaptırımı” ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”, tedbirlerden ibaret değildir. “Seçenek tedbirler” başlığı, “onarıcı adalet yaptırımı”nı ve “toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları”nı karşılayamamaktan da öte, Türk Ceza Kanunu’nun 50 nci maddesinde “seçenek tedbirler” olarak adlandırılmış olan yaptırım türlerini dahi aksettirmemektedir. Aşağıda tartışılacağı üzere, TCK’nın 50 nci maddesinde “seçenek tedbirler” olarak düzenlenen yaptırımların, aslında, düzenlenişleri itibarıyla, hukukî nitelik bakımından, tedbire, cezaya ve onarıcı adalet yaptırımına yaklaşır şekilde, üçlü bir kategori olarak incelenebileceği kanaatindeyiz.

Bu konuda gündeme gelen bir başka kavram da “kamusal ceza”dır. “Kamu” kelimesinin, hem “halk hizmeti gören devlet organlarının tümü”, hem de “bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme” anlamları vardır.³¹⁴ “Kamusal ceza” kavramı, “kamu” kelimesinin iki anlamını da çağrıştırdığı için bu kavramı tercih etmemekteyiz.

Tablo 1: “Hapis Cezasına Seçenekler” İçerisinde “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” ve “Hapis Cezasının İnfazına Seçenekler”



³¹⁴ Bkz.: **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük**, (Erişim) <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 9 Nisan 2012.

II. ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Müeyyide, Yaptırım, Güvenlik Tedbiri ve Ceza

1. Müeyyide ve Yaptırım Kavramları

Hukuk düzeni, yapılması veya yapılmaması gerekenleri sadece ifade etmekle, prensipleri sadece ortaya koymakla kalmaz, koyduğu kurallara aykırılık veya uygunluk hâlinde tepkide de bulunur. Hukuk düzeni içerisinde, hukuk kurallarına riayetini sağlanması bakımından bu kuralları destekleyen, kuvvetlendiren, onlara yardımcı olan unsurlar mevcuttur. Bu unsurlar, bizzat emrin yer aldığı normun içerisinde yer alabileceği gibi, hukuk düzeninin başka herhangi bir normunda da bulunabilir. Bu “destekleyici” unsurlar, müeyyidelerdir. Özyörük’ün ifadeleriyle:

“Hukukta, emre uyulmasının sağlanması, emir lehine bir maddî müeyyede’nin öngörülmesiyle mümkün kılınmıştır. [...] müeyyede, emir’in hukukî desteğidir; emre uyulmazsa, müeyyede uygulanır ve bu müeyyede, emirle birlikte belirtilir veya böyle bir emrin müeyyedesini, başka bir kaynaktan (emri veren’e bu yetkiyi bahşeden kaynaktan) daha önceden belirtilmiştir.”³¹⁵

Müeyyide ve yaptırım kavramlarının arasında birbirlerini karşılamamalarına³¹⁶ rağmen, bazı sözlüklerde bu iki kavram eş anlamlı olarak verilmekte³¹⁷; kimi hukuk literatüründe³¹⁸ ise bu iki kavram aynı manaya gelecek şe-

³¹⁵ Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, 1972-1973, s. 9. Vurgular, yazara aittir; “müeyyede” yazımı, yazarın bilinçli tercihidir.

³¹⁶ Bkz., aynı yönde: Özyörük, **a.g.e.**, s. 9; Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları, 2010, s. 7.

³¹⁷ D. Mehmet Doğan, **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Ankara, Vadi Yayınları, 2001, s. 955 ve s. 1393; Mustafa Nihat Özön, **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1989, s. 585; Türk Dil Kurumu, **Büyük Türkçe Sözlük**, <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=m%FCeyyide&ayn=tam>, erişim tarihi: 3 Ağustos 2010.

kilde kullanılmaktadır. Özyörük, yıllar önce, konuyla ilgili olarak şu ifadelerde bulunmuştur:

“Müeyyede karşılığı olarak “yaptırım” sözü dilimize girmek üzere-
dir. Bu kökünden yanlış bir karşılıktır. Zira “yaptırmak” bir başkasını,
belli bir fiile, bir harekete, bir işe zorlamak ve o fiilde, harekette, işde bu-
lundurmak demektir; yâni bir eylem ifade eder. Halbuki, meselâ butlan
da bir müeyyededir ve butlanda kimsenin kimseye birşey yaptırdığı yok-
tur; kanuna, hukuka aykırı bir durum yaratılmışsa, bu hükümsüz sayıl-
makta, sonuç doğuramamaktadır; o kadar”³¹⁹.

Dilimizin zenginliğine Arapça’dan katılmış bulunan³²⁰ müeyyide kelime-
si, “teyit” kelimesiyle aynı kökten gelir.³²¹ Teyit kelimesinin birinci anlamı
“kuvvetlendirme, sağlama, berkitme” iken, ikinci anlamı “doğru oldu-
ğunu kabul etme, doğrulama”dır.³²² “Yaptırım” ise esasında, “yaptırmak fiili”
anlamına gelmektedir.³²³ Yaptırımın esası zorlamadır. Zorlama ise, maddî ve
manevî zorlama olmak üzere ikiye ayrılmış; maddi zorlamanın hukuka aykırı
davranıştan sonra ortaya çıkmasına karşılık, manevî zorlamanın hukuka ay-
kırılıktan önceye ilişkin olduğu belirtilmiştir.³²⁴

Müeyyide, geniş anlamıyla, “sıkıntı verici” olabileceği gibi, “ödüllendirici”
de olabilir.³²⁵ Hukuka aykırı davranışlar karşılığında “sıkıntı verici” müeyyide-
ler ön plana çıkarken, hukuka uygun davranışlar ödüllendirilebilir. Bu ifadeler,
hukuk düzenine riayetini sağlanması için, salt “ödüllendirici” müeyyidelerle
yetinilebileceği anlamına gelmemektedir. Zira, Güriz’in işaret ettiği gibi,
“ödüllendirici” hukuk kuralları da, tatbikata geçirilmelerinin sağlanması için,

³¹⁸ Bkz.: Dönmezer, Erman, s. 541; Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağı-
tım, 2009, s. 251; Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara,
Turhan Kitabevi, 2009, s. 8; Güriz, **a.g.e.**, s. 41.

³¹⁹ Özyörük, **a.g.e.**, s. 9. Vurgular yazara aittir; “müeyyede” yazımı, yazarın bilinçli tercihidir.

³²⁰ Doğan, **a.g.e.**, s. 955; Özön, **a.g.e.**, s. 585; Özyörük, **a.g.e.**, s. 9.

³²¹ Bkz.: Doğan, **a.g.e.**, s. 955; Özyörük, **a.g.e.**, s. 9.

³²² Doğan, **a.g.e.**, s. 1305.

³²³ Doğan, **a.g.e.**, s. 1393.

³²⁴ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 8.

³²⁵ Ödül, Bentham’a göre de müeyyide olabilir: Jeremy Bentham, **Theory of Legislation**, Londra,
1911, ss. 27-28’den nakleden: Güriz, **a.g.e.**, s. 42. Yine, Merle-Vitu, müeyyidenin ödülü de içer-
diği görüşündedir: Dönmezer, Erman, s. 541.

nihayetinde “sıkıntı verici” müeyyidelere muhtaçtır.³²⁶ Böylece, “ödüllendirici” müeyyidelerin kendi başlarına “bağlayıcı” oldukları iddia edilemez.³²⁷ Müeyyidelerle ilgili görüşlerimiz bu yönde olmakla beraber, “ödüllendirme”nin zorla yerine getirilmesi olağan bir durum olmadığından, yaptırım daha çok, hukuka aykırı davranışlarla ilişkili bir kavramdır ve ödüllendirici bir yaptırım tahayyül etmek güçtür.³²⁸

Kanaatimizce, ilmî tasnif açısından “müeyyide” ve “yaptırım” kavramları arasında bir ayırım yapmak ve yaptırımı müeyyidenin bir alt başlığı olarak kabul etmek uygundur. Başka bir deyişle, her yaptırımın bir müeyyide olmasına karşılık her müeyyidenin bir yaptırım olmadığını söylemek mümkündür. Buna göre, **müeyyide, hukuk kurallarına uygun veya aykırı hareket için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddi tepkidir.** Yaptırım ise, müeyyidenin hukuka aykırılıklara ilişkin kısmına aittir ve **hukuka aykırı davranışlar için hukuk tarafından öngörülen zorlayıcı maddi tepkidir.**

2. Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Niteliği: İkameli (Geçişli) (Dönüşümlü) Yaptırım

Onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları için, mevzuatımızda yaptırım terimi kullanılmaktadır.³²⁹ Bu konuy-

³²⁶ Güriz’in ifadeleriyle: “Hukuk hayatında bazen mükâfat (ödül) içeren hukuk kurallarına rastlanabilir. Kaçakçılığı haber verenlere kaçak malın değerinin belli bir kısmının mükâfat (ödül) olarak verilmesinde olduğu gibi. Benzer şekilde, devlet hizmetinde üstün başarı gösteren memurlara para mükâfatı (ödül) veya takdirname verilebilir. Ancak bu tür kuralların da doğrudan olmasa bile cebir (zorlama) unsurunu pozitif hukukun genel sisteminden aldıkları unutulmamalıdır. Kaçakçılığı haber verene hak ettiği ikramiyeyi ödemeyen devlet memurunun veya üstün hizmet gösteren devlet memuruna alması öngörülen ikramiyeyi vermeyen kamu görevlisinin cezalandırılması gibi.”: Güriz, **a.g.e.**, s. 43.

³²⁷ Güriz, **a.g.e.**, s. 42; Gözler de Güriz’le aynı görüştedir: Gözler, **a.g.e.**, s. 257.

³²⁸ Ödülün, hukukun yaptırımı olup olamayacağı tartışması ve bu tartışmayı, ödülün hukukun yaptırımı olamayacağı görüşüyle sonuçlandıran yazar isimleri için bkz.: Gözler, **a.g.e.**, s. 257; Güriz, **a.g.e.**, ss. 42-43. Ancak belirtilen yazarların, müeyyide ve yaptırım kavramlarını aynı anlamda kullandıkları unutulmamalıdır: Bkz.: Gözler, **a.g.e.**, s. 251; Güriz, **a.g.e.**, s. 41.

³²⁹ Bu, hem 5237 sy. TCK’nın 50 nci maddesinde, hem 5275 sy. CGTİHK’nın 105 inci ve 109 uncu maddelerinde, hem de 26131 sayılı ve 6 Nisan 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza

la ilgili olarak, yaptırım ifadesinin başına ise mevzuatımızın kimi yerinde “seçenek”³³⁰, kimi yerindeyse “seçenekli”³³¹ ibaresi konulmuştur. Bu bakımdan, Çetin’in belirttiği gibi³³², bir kavram birliğinin bulunmayışından söz edilebilir.

Kanaatimizce, “müeyyideler” ve “yaptırımlar” hakkındaki yukarıdaki açıklamalar karşısında, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının birer müeyyide olduğu rahatlıkla söylenebilecekken bu müeyyidelerin klâsik anlamda birer yaptırım olup olmadığı konusunda tartışma vardır.

Şöyle ki, yaptırım, kişinin kendi iradesiyle yerine getirmemesi hâlinde, kişinin iradesi ortadan kaldırılarak, başka bir deyişle fizikî olarak zorla yerine getirilen bir kavram olarak kabul edildiğinde, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının bu kapsamda mütalaa edilmesi güçtür. Zira, hukukumuzda, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları yerine getirilmediğinde, kendisinden çevrilmiş olan hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verilir (TCK, m. 50/6); “hükümlünün elinde olmayan nedenlerle” yerine getirilemediğinde ise onarıcı adalet yaptırımına veya diğer toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevrilir (TCK, m. 50/7). Ancak, bir toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımı yerine getirilmediğinde, bizzat o yaptırımın zorla yerine getirilmesi bu yaptırımların tabiatına pek uygun değildir.³³³

Türk uygulamasında, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c), “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-d) ve “kamuya ya-

İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün (İnfaz Tüzüğü) 50 nci maddesinde böyledir.

³³⁰ TCK, m. 50; CGTİHK İkinci Kısım Birinci Bölüm Başlığı; İnfaz Tüzüğü, m. 50.

³³¹ CGTİHK, m. 109; İnfaz Tüzüğü, m. 51 başlığı.

³³² Çetin, a.g.e., ss. 39-40, dn. 126.

³³³ Özgenç’e göre, “bir eğitim kurumuna devam etme ve kamuya yararlı bir işte çalışma gibi yükümlülükler, yaptırım özelliği taşımamaktadır. Yaptırımın bir özelliği, onun cebrî ve zecrî oluşudur; yani kamu gücü kullanılarak, zorla yerine getirilmesidir. Bir eğitim programına devam etmek ve kamuya yararlı bir işte çalışmak gibi yükümlülüklerle ceza mahkumiyetinin kurulması veya mahkum olunan cezanın infazı bağlamında zararın tazmini, cebrîlik ve zecrîlik karakteri taşımamaktadır. Bu nedenle, belirtilen yükümlülükleri, “tedbir” veya genel bir ifadeyle yaptırım olarak tavsif etme imkanı bulunmamaktadır.”: Özgenç, 5. bası, s. 617.

rarlı bir işte çalıştırılma” (m. 50/1-f) yaptırımlarında bu durum açıkça görülür. Tartışma belki, onarıcı adalet yaptırımı olan “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımı olan “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e) yaptırımları bakımından yapılabilir. Yürürlükteki hukuk bakımından, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) yaptırımı yerine getirilmezse cebri icra yoluna başvurulamamaktadır; bu durumda başvurulabilecek yol, bu yaptırımın kendisinden çevrilmiş olan hapis cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmesidir (TCK, m. 50/6). Böylece, yürürlükteki hukuk bakımından, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) nin klasik anlamda zorla yerine getirilen bir yaptırım olmadığı açıktır. “Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e) yaptırımı bakımından, “belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”nın klasik anlamda zorla yerine getirilen bir yaptırım olmadığı açıktır. “Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması”nın ise en azından her zaman klasik anlamda zorla yerine getirilmesi mümkün değildir.

Onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, klasik anlamda zorla yerine getirilen yaptırımlar olmasa da, zecrîlik niteliğini hâizdir. Kişinin arzusuna bakılmaksızın uygulanırlar. “Kişinin arzusuna bakılmaksızın” ifadesi, bu yaptırımlar yerine getirilmediğinde başka yaptırımların uygulanması tehdidinin bu yaptırımlarda mündemiç olmasına işaret etmek içindir.³³⁴

³³⁴ Hafizoğulları ve Özen’e göre de “50. maddede, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine geçen cezalar, kanunla konulmuşlardır. Bunlar, ihlalde bulunan muhatabına, Devletin mahsus organları eliyle ve zorla uygulanmaktadır. Kanunun 50/1, f maddesi hükmünde öngörülen “gönüllü olmak koşuluyla” hükmü kuralın bir istisnası değildir, çünkü fail, bu madde hükmünde belirtilen yoksunluğa gönüllü katlanmak istemediğinde; hakkında, ihlalin karşılığı hürriyeti bağlayıcı ceza verilecek ve uygulanacaktır. Öyleyse, ortada, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak getirilen cezaların veya kanunun ifadesiyle yaptırımların cebriliğini gideren bir durum bulunmamaktadır.”: Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2010, ss. 473-474.

Bu bağlamda, bu yaptırımların, hukukun öngördüğü diğer yükümlülüklerle arz ettiği farklılıklar meselesi gündeme gelmektedir. Zira, örneğin, sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesini öngören hukuk kuralına aykırılık halinde de yaptırım uygulanmaktadır. Burada kişi, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Ancak, mesela, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından kamuya yararlı bir işte çalıştırılmada ise, hükümde belirtilen yerde belirtilen süre kadar çalışma yükümlülüğü söz konusudur. Birinci yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde cebrî icra yaptırımı uygulanırken, ikinci yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde, hapis cezası gündeme gelmektedir. Bu iki yükümlülük bu açıdan benzerlik arz etse de, aralarında farklar vardır. Öncelikle, yükümlülüklerin sebepleri bakımından fark vardır. Sözleşmeden doğan borcun ödenmesi yükümlülüğü henüz ortada hukuka aykırı bir davranış yokken de mevcut olmasına karşılık, kamuya yararlı bir işte çalışma yükümlülüğü, hukuka aykırı bir davranış gerçekleşikten sonra ve bu davranışın karşılığı olarak öngörülmektedir. Böylece, birinci yükümlülük soyut bir yükümlülükken, ikinci yükümlülük somut bir yükümlülüktür. Yukarıda belirtildiği üzere, yaptırımın, hukukun ihlâlinden önceyi ve sonrayı ilgilendiren iki yönü vardır. Böylece, ikinci yükümlülük, yaptırımın, hukukun ihlâlinden sonra ortaya çıkan yönüyle benzerlik taşır. Bir ihlâlden sonra ortaya çıkması ve bir ihlâlin somut karşılığını oluşturması bakımından, onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarıyla getirilen yükümlülükler, hukukun diğer yükümlülüklerinden ziyade yaptırımlara yakın durmaktadır.

Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, klasik anlamda zorla yerine getirilen yaptırımlar olmamakla, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, diğer yaptırımlardan da ayrılmaktadır. Böylece, bu yaptırımları tanımlayacak bir sığata ihtiyaç vardır. Kanaatimizce bu yaptırımlar “ikameli³³⁵ (geçişli) (dönüşümlü) yaptırımlar” dır. Zira, bu yaptırımlar,

³³⁵ Bu kavramın seçiminde üç yerden ilham alınabilir. Birincisi, mevzuatta kullanılan “seçenekli yaptırım” ifadesidir: CGTİHK, m. 109; İnfaz Tüzüğü, m. 51 başlığı. İkincisi, Çetin’in şu ifadele-

kendilerine uygun davranılmaması hâlinde, başka yaptırımlara “geçilme”yi mündemiçtir; başka yaptırımlara “dönüştürülme”ye açıktır. Bu yaptırımlar hapis cezasını ve birbirlerini ikame ederler. Yerine getirilmediklerinde ise hapis cezası ile ikame edilirler. Böylece, bu yaptırımlar hem ikame yaptırımlardır, hem de ikameli yaptırımlardır. Onarıcı adalet yaptırımının ikamesi, hapis cezası ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarıdır. Toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ikamesi, onarıcı adalet yaptırımı ve hapis cezasıdır. Aynı zamanda, hapis cezasının ikamesi, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarıdır.

Yine, örneğin, hapis cezası ertelenen kişi hakkında öngörülen “yükümlülükler” ile toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ismen ve içerik olarak taşıdığı benzerlik, neden birincilerin “yükümlülük” sayılıp da ikincilerin “yaptırım” sayıldığı sorusunu gündeme getirebilir. Bu sorunun cevabı ise, ikincilerin, genel anlamda bir ihlâlin, özel anlamda ise suçun “karşılığı”nı oluşturmalarındadır.³³⁶ Erteleme halinde, genel anlamda ihlâlin, özel anlamda suçun “karşılığı”nı hapis cezası oluşturmaktadır; denetim süresi için yükümlülük öngörülmesi mecburî olmadığı gibi, öngörülmesi hâlinde yükümlülükler, birer “destekleyici”dirler.

rindeki, özellikle “kaim” ifadesidir: “Yaptırımların güvenlik tedbirleri dışında kalan ve asıl yaptırımlar olarak adlandırılacak olan cezalar içerisinde düzenlenen ve kısa süreli hapis cezası yerine hükümlenmesi gereken bir başka ceza (yani ceza yerine *kaim* olan bir başka ceza) veya madde başlığına uygun olarak seçenек yaptırım (ya da seçenек ceza) teriminin bir bütün halinde kullanılması çok daha uygun olurdu. Bunun yapılmamış olması bir eksikliktir[...].”: Çetin, **a.g.e.**, s. 40 (Vurgu, tarafımıza aittir). Üçüncüsü, Özgenç’in şu ifadelerindeki “ikame sistemi” ifadesidir: “Kanunun “*Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar*” başlıklı 50. maddesinin birinci fıkrasına göre, işlediği suç dolayısıyla hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmedilen kişinin bu cezası yerine mahkeme adli para cezasına veya belli bir “tedbir”e hükmedebilecektir (*ikame sistemi*). Mahkemece hapis cezası yerine seçenек yaptırım olarak “tedbir”e hükmedilmesi durumunda, faile ayrıca ceza verilmeyecektir.”: Özgenç, 5. bası, s. 613 (Vurgular, yazara aittir).

³³⁶ Çetin’e göre, “TCK’nun sistematığına göre, yaptırımlar ancak ceza ve güvenlik tedbirleri olabilir. Bu nedenle Kanunun yükümlülük olarak belirttiği bu yaptırımları da “güvenlik tedbiri” olarak anlamak gerekmektedir.”: Çetin, **a.g.e.**, s. 71. Seçenек yaptırımların, “cezalar” altında düzenlenmesinden hareketle bu yaptırımları ceza kabul eden Çetin (**a.g.e.**, s. 68), yine “cezalar” altında düzenlenen ve hapis cezasının ertelenmesinde söz konusu olan yükümlülükleri güvenlik tedbiri olarak kabul etmektedir.

3. Güvenlik Tedbiri Kavramı

Güvenlik tedbirlerinin tanımlanmasında, ceza hukuku sistemimizde yer alan güvenlik tedbirlerinin tümünü kapsayacak bir tanım arayışında olmak gerekir. Ceza hukuku sistemimizde yer alan güvenlik tedbirleri, şu şekilde sıralanabilir: Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımı (TCK m. 50/1-c), belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK, m. 53), eşya müsaderesi (TCK, m. 54), kazanç müsaderesi (TCK m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 56 göndermesiyle, Çocuk Koruma Kanunu m. 5 ve m.11), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 57) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (TCK m. 60).

Kanaatimizce, TCK'nın 50 nci maddesinde, "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlığı altında düzenlenen yaptırımlardan bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımı (TCK m. 50/1-c) haricindekiler güvenlik tedbiri niteliğinde değildir. Bu yaptırımların hukukî niteliği konusundaki düşüncelerimize aşağıda yer verilecektir.

Yine, TCK'nın 58 inci maddesi uyarınca mükerrirlere ve özel tehlikeli suçlulara uygulanan denetimli serbestlik tedbirleri, kanaatimizce güvenlik tedbirleri değildir. Zira, ceza hukuku sistemimizde denetimli serbestlik tedbirinin "müstakil bir yaptırım türü ol[madığı]" ve "hapis cezasının veya belirli güvenlik tedbirlerinin infazı sürecinde bu yaptırımları tamamlayan bir kurum" olduğu kabul edildiğinde³³⁷, denetimli serbestlik tedbirinin güvenlik tedbiri değil, yeri geldiğinde güvenlik tedbirini tamamlayan bir kurum olduğu ortaya çıkacaktır. Bu nedenledir ki, TCK'nın "Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular"

³³⁷ Özgenç, 4. bası, s. 721. Aynı yönde: Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 558.

başlıklı 58 inci maddesi hükmüne Birinci Kitap Üçüncü Kısım İkinci Bölüm’de “Güvenlik Tedbirleri” başlığı altında yer verilmesini isabetli bulmamaktayız.³³⁸

Yine, Özgenç’in işaret ettiği gibi, TCK’nın 59 uncu maddesinde düzenlenen “sınır dışı edilme”, başlangıçta bir güvenlik tedbiri olarak öngörülmüşken, 31.3.2005 tarihli ve 5328 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bir güvenlik tedbiri olmaktan çıkarak idari bir tedbir hâline gelmiştir. Zira, belirtilen değişiklik, yabancının sınır dışı edilip edilmemesi İçişleri Bakanlığı’nın takdirine bırakılmıştır.³³⁹

Doktrinde ve yargı kararlarında güvenlik tedbirlerinin değişik tanımlarıyla karşılaşmak mümkündür.³⁴⁰

Nuhoğlu’na göre, “emniyet tedbirleri, tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan tehlikelilik ile orantılı olan, genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan, kanunla belirlenen ve hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır.”³⁴¹

Hedayati’nin, Artuk’un da benimsediği görüşüne göre, “[g]üvenlik tedbirleri kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır.”³⁴²

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında ise güvenlik tedbirleriyle ilgili olarak şöyle bir tanıma yer verilmiştir: “suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlikelilik haliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibarıyla suça ve suçluya karşı toplum savunmasına yönelmiş bulunan yaptırımlardır.”³⁴³

³³⁸ Bu bakımdan, Türk Ceza Kanunu’nun 58 inci maddesi hükmünü güvenlik tedbirleri arasında sayan görüşe katılmamaktayız. Bu görüş için bkz.: Mehmet Emin Artuk, “Güvenlik Tedbirleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Attila Özer’e Armağan**, Haziran – Aralık 2008, C. XII, S. 1-2, ss. 461-492, s. 488; Özgenç, **4. bası**, s. 679; Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 519. Kanaatimizce, bu hususun CGTİHK’da veya Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu’nda (DSYMKKK) düzenlenmesi de düşünülebilir.

³³⁹ Özgenç, **4. bası**, s. 717.

³⁴⁰ Güvenlik tedbirleriyle ilgili çeşitli tanımlar için bkz.: Nuhoğlu, **a.g.e.**, ss. 7-9; Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 518.

³⁴¹ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 9.

³⁴² Artuk, **a.g.m.**, s. 466.

³⁴³ AYM, K: 1971/30, E. 1970/42, RG. 23.11.1971, No. 14021’den aktaran: Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 7.

Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından, Özgenç'in, güvenlik tedbirine ilişkin olarak, **“işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı”**³⁴⁴ şeklindeki tanımı isabetlidir. Hukukumuzda, güvenlik tedbirlerinin tatbik edilebilmesi için bir suçun işlenmiş olmasının gerekmesi, güvenlik tedbirlerinin yaptırım sayılmasıyla uyumludur. Güvenlik tedbirinin tatbiki için suç işlenmiş olmasının veya en azından hukuka aykırı bir davranışın gerçekleştirilmiş olmasının aranmadığı bir sistemde, bu tedbir, yukarıda yaptığımız yaptırım tanımı içerisine girmeyecektir. Böyle bir durumda da güvenlik tedbirinin “zorla” “yaptırılıyor” olması, bunu değiştirmeyecektir.

4. Ceza Kavramı ve Cezanın Nitelikleri

a. Ceza Kavramı

Öncelikle, iyi bir cezada bulunması gereken özellikler bahsiyle cezanın nitelikleri bahsinin tefrik edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Cezaların, ah-lâkî olması, kanunî olması, eşit olması, insancıl olması, zalimane olmaması, keyfî olmaması, insan haysiyetiyle bağdaşır olması, bölünebilir olması, tamir edilebilir olması, şahsî olması, orantılı olması, etkili olması, düşünceye değil fiile ilişkin olması, devlete mümkün olduğu kadar az yük getirmesi ve yargı kararıyla hükmedilmesi konuları, cezanın nitelikleri tartışmasından ziyade, “iyi” bir cezanın nitelikleri³⁴⁵ tartışmasına aittir.

³⁴⁴ Özgenç, 4. bası, s. 676.

³⁴⁵ Bu nitelikler konusunda bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., ss. 834-836; Dönmezer, Erman, ss. 547-553 ve 566; Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 60; Walker, a.g.e., s. 2.

Kanaatimizce **ceza, bir suçun karşılığı olan, olumsuz bir değer yargısı içeren, kasıtlı, zecrî ve yoksun kılıcı bir yaptırımdır.**³⁴⁶ Cezanın bu tanımını oluşturan nitelikler, aşağıda, sırayla ele alınacaktır.

b. Cezanın Nitelikleri

(1) Ceza, Suçun Karşılığıdır

Yukarıda açıklandığı üzere, kusur, cezanın hem temelini teşkil eder hem de ölçüsünü tayin eder. Böylece, ceza, dar anlamda, kişinin suç işlerken içinde bulunduğu kusurluluk durumunun bir karşılığını, daha geniş anlamda ise suçun karşılığını teşkil eder. Böylece, ceza, suçun “karşılığı” niteliğindedir. Ancak, cezanın, nitelik itibarıyla bir “kötülük” olduğu görüşünü, yukarıda, “karşılığını verme” başlığı altında açıkladığımız gerekçelerle kabul etmemekteyiz.³⁴⁷

(2) Ceza, Olumsuz Bir Değer Yargısı İçerir

Ceza, failin kusuru hakkındaki olumsuz değer yargısının somutlaşmış hâlidir.³⁴⁸ Bir başka anlatımla ceza, failin kusuru hakkında bulunulan kınama yargısının fiiliyata geçirilmesidir; iç dünyadan dış dünyaya yansımasıdır.

(3) Ceza, Yoksun Kılıcı Niteliğe Sahiptir

Ceza, kişiyi, sahip olduğu bir takım hürriyetlerden, haklardan, varlıklardan mahrum bırakır. Böylece ceza, genel itibarıyla, ıstırap vericidir.³⁴⁹

³⁴⁶ Buna karşılık, Ersoy’a göre, “Ceza, suç işleyen kimseye işlediği suça karşılık bir fenalık olmak ve tekrar suç işlemesinin önlemek amacıyla uygulanan bir yaptırım (müeyyide)dir: Yüksel Ersoy, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2002, s. 155. Cezanın, olması gereken haliyle, bir “fenalık” veya bir “kötülük” sayılmaması gerektiği yukarıda izah edilmiştir.

³⁴⁷ Cezanın “kötülük” teşkil ettiği yönündeki görüşler için bkz.: Dönmezer, Erman, ss. 543-544, dn. 9.

³⁴⁸ Ceza, “suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanmasıdır, müşahhaslaşması”dır: Armin Kaufmann, **Normentheorie**, s. 228’e atıf yapan: Özgenç, **4. bası**, s. 29, dn. 57. Başka bir deyişle, “ceza, işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaşmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır”.: Armin Kaufmann, **Normentheorie**, ss. 228-229’a atıf yapan: Özgenç, **5. bası**, s. 566.

Hafizoğulları/Özen'e göre de "ceza kanunu, ihlale tepki olarak ihlalin muhabtabına bir yoksunluk yüklüyorsa, [...] bu yoksunluk cezadır".³⁵⁰ Yaptırımın, kimi zaman uygulandığı kişiyi hoşnut etmesi, soyut olarak o yaptırımın ceza olarak tanımlanmasına engel teşkil etmez. Walker, cezanın "hoşnutsuzluk verdiği *kabul edilen* birşeyi içer[diğini]"³⁵¹ belirtir; "bir uygulamanın ceza olup olmadığını belirleyen, uygulanan kişinin kanaati veya niyeti değil, o uygulamayı emreden kişinin kanaati veya niyetidir."³⁵² Güriz'e göre de;

"Cezanın özünde elem veya ıstırap unsuru bulunmakla birlikte cezanın suç işleyende mutlaka ıstıraba neden olması gerekmez. Cezanın "normal" bir insan bakımından ıstıraba sebep olacak nitelikte bulunması yeterlidir. Hapishaneye konulmak, hürriyetinden yoksun bırakılmak "normal" bir insanda ıstıraba neden olur. Oysa yersiz yurtsuz birisi için soğuk kış aylarını sıcak bir hapishanede geçirmek elem veya ıstırap konusu olmayabilir. [...] Ancak [bu] istisnai [bir] durum[dur]"³⁵³

Cezanın, yoksun kılıcı, ıstırap verici niteliğiyle ilgili bir niteliği de, onun terhibîliği, bir başka deyişle, korkutuculuğu, sakındırıcılığıdır.³⁵⁴

(4) Ceza, Kasıtlı Bir Uygulamadır ve Bir Sebep için Uygulanır³⁵⁵

Ceza, kasıtlı bir uygulamadır ve bir sebep için uygulanır.³⁵⁶ Walker'ın anlatımıyla, kişinin kendi dikkatsizliğiyle yaptığı kaza sonucu uğradığı zarar hakkındaki "yeterince cezalandırıldığı" ifadesi ve Kıta Avrupası hukukçuları-

³⁴⁹ Bkz.: Dönmezer, Erman, s. 544; Güriz, **a.g.e.**, s. 205.

³⁵⁰ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 473.

³⁵¹ Walker, **a.g.e.**, s. 1. Vurgu, tarafımıza aittir.

³⁵² Walker, **a.g.e.**, s. 3.

³⁵³ Güriz, **a.g.e.**, s. 205. Yine, Güriz'in ifadeleriyle, "Bundan başka işlediği suçun ağırlığı nedeniyle vicdan azabı çeken, bunalıma düşen ve suçunu itiraf ettikten sonra hüküm giyip hapishaneye konulan bir kimse için söz konusu ceza ıstıraba değil, vicdan azabından bir ölçüde de olsa kurtulduğu için ruhsal rahatlığa sebep olabilir. Yahut bunun tersi görülebilir. İşlediği büyük bir suçtan dolayı cezalandırılmaktan korkan bir kimse, adaleti şaşırtmak için, küçük bir suç işleyerek hapis cezası ile cezalandırılabilir ve işlediği büyük suçla ilgili soruşturmanın sağlıklı biçimde yürütülmesini engelleyebilir. Ancak yukarıda açıklananlar istisnai durumlardır.": Güriz, **a.g.e.**, s. 205.

³⁵⁴ Bkz.: Dönmezer, Erman, s. 553; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 823; Ali Şafak, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4. baskı, Ankara, s. 594.

³⁵⁵ Walker, **a.g.e.**, s. 1.

³⁵⁶ Walker, **a.g.e.**, s. 1.

nın bahsettiği “doğal ceza” (*poena naturalis*), kendi yanlış davranışından mağdur olan kimseler hakkında neden daha yumuşak davrandığımızı açıklamaya yönelik mecazî anlatımlardır.³⁵⁷

TCK'nın 22 nci maddesinin 6 ncı fıkrasındaki,

“[t]aksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

hükmü, bu konunun bir örneğini oluşturmaktadır.

(5) Ceza, Zecrîdir

Cezaların infazında, failin arzusu dikkate alınmaz. Ceza, failin arzusu dikkate alınmadan ona hoşnutsuzluk veren bir müeyyide olmakla, örneğin ameliyattan farklıdır ve bunun için haklı bir sebep gerektirir.³⁵⁸ Diğer taraftan, faile cezalar arasında seçim imkânı tanınması, cezanın zecrîliğine engel değildir. Böylece, TCK m. 50/1-f'de düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımının “gönüllülük” esasına bağlanması, onun ceza sayılmasına engel değildir.³⁵⁹

5. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin Ortak Yönleri

a. Zecrîlik Bakımından

Cezalar ve güvenlik tedbirleri, yaptırım niteliğinde olmakla, failin arzusuna bakılmaksızın uygulanırlar.

³⁵⁷ Walker, **a.g.e.**, ss. 1-2.

³⁵⁸ Walker, **a.g.e.**, s. 2.

³⁵⁹ Aynı yönde: Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, ss. 473-474.

b. Kanunîlik İlkesi Bakımından

Hukuk sistemimizde, cezalar bakımından olduğu gibi, güvenlik tedbirleri bakımından da kanunîlik ilkesi geçerlidir. Anayasa'nın 38 inci maddesi hükmü, bu bakımdan tartışmaya açıksa da, 5237 sy. TCK ile tartışmaya son verilmiştir. Şöyle ki; 765 sy. TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, Anayasa'nın 38 inci maddesinin birinci fıkrasındaki, “[k]imse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” hükmü, aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki “[ç]eza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”³⁶⁰ hükmüyle ve Yargıtay'ın güvenlik tedbiri içeren hükümlerin mahkûmiyet hükmü olmadığını kabul eden görüşüyle birlikte değerlendirilerek, 38 inci maddenin birinci fıkrası hükmünün güvenlik tedbirleri bakımından geçerliliği tartışmaya açılmıştır.³⁶¹ Bu tartışma, 5237 s. TCK'nın “[k]anunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” hükmüyle güncelliğini yitirmiştir.

c. Bir Suç İşlendikten Sonra Uygulanma Bakımından

Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması, ancak bir suçun işlenmiş olmasına bağlıdır.³⁶² Bununla birlikte, Nuhoğlu, güvenlik tedbirlerinin tatbiki için mutlaka suç işlenmiş olmasını şart koşmamakta, hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olduğu hallerde de güvenlik tedbiri uygulaması olabileceğini

³⁶⁰ Özgenç'e göre, “1982 Anayasası[']nda “ceza”dan ayrı olarak “ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri” ifadesi kullanılmıştır (m. 38, f. 3). Ancak, güvenlik tedbirlerinin amacı ile cezaya bağlanan hukuki sonuçlar bakımından ve ayrıca, cezaya hükmetmenin yanı sıra güvenlik tedbirinin uygulanabilir olması dolayısıyla, Anayasanın bu ifadesi doğru değildir.”: Özgenç, **4. bası**, ss. 678-679, dn. 207. Vurgular, yazara aittir.

³⁶¹ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 82. Nuhoğlu, burada, Yargıtay'ın “CGK, T. 25.4.1994, E. 1994/1-91, K. 1994/116, YKD, C.20, 1994, S.10, 1670 ve devamı.” kararına atıfta bulunuyor.

³⁶² Özgenç, **4. bası**, s. 676.

kabul etmektedir.³⁶³ Artuk ise, güvenlik tedbirleri uygulamasının, “*bazı istisnalar haricinde* bir suçun işlenmiş olmasına bağlı” olduğunu ifade etmektedir.³⁶⁴

6. Cezalar ile Güvenlik Tedbirlerinin Benzer Yönü: Konu Bakımından

Cezalar ve güvenlik tedbirleri, hürriyete veya malvarlığına yönelik olabilmek bakımından benzerlik arz ederler.³⁶⁵ Yine, cezalar da güvenlik tedbirleri de kişinin “hak”kına yönelik³⁶⁶ olabilirler. Örneğin, 765 s. TCK’nın 11 inci maddesinde, “hidematı ammeden memnuiyet” ve “muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası” adlarıyla “ceza” olarak yer verilen yaptırımların benzerlerine, hem 765 s. TCK’da cezaya mahkûmiyetin sonuçları olarak yer verilmiş hem de 5237 s. TCK’nın “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlıklı 53 üncü maddesinde “güvenlik tedbiri” olarak yer verilmiştir. Konusu aynı olan bir yaptırım, düzenlenişinde değişiklik yapılmak suretiyle ceza veya güvenlik tedbiri olarak konulabilir.

7. Cezalar ile Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklar

a. Amaç Bakımından

Cezaların amacı hakkındaki görüşümüz, yukarıda açıklandığı üzere, bütüncül görüştür. Güvenlik tedbirlerinin amacı, koruma ve iyileştirme başlıkları altında incelenebilir. Koruma, toplumun, mağdurun ve failin korunmasına ilişkindir.

Cezanın olanaksızlaştırma amacı ile güvenlik tedbirlerinin toplumun ve mağdurun korunması amacı arasında benzerlik vardır. Yine, güvenlik tedbir-

³⁶³ Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 83.

³⁶⁴ Artuk, **a.g.m.**, s. 474. Vurgu, tarafımıza aittir.

³⁶⁵ Artuk, **a.g.m.**, s. 474; Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 83.

³⁶⁶ “Hakları kısıtlayan cezalar” ifadesi için bkz.: İçel vd., **a.g.e.**, s. 106; “hukuku bağlayıcı cezalar” ifadesi için bkz.: Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler**, Onikinci Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985, s. 228; “kişinin hukukuna yönelik olarak uygulanan cezalar” ifadesi için bkz.: Ayhan Önder, **Ceza hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 521.

lerinin, failin iyileştirilmesine yönelik amacı ile cezanın ıslâh etme ve rehabilitasyon amaçları arasında benzerlik vardır.

Diğer taraftan, caydırma amacı, iki yaptırımında her zaman aynı şekilde görülmez. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinde caydırıcılıktan söz edilebilirken, tam akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirinde bu etkiden bahsetmek zordur; zira caydırma, algılama ve irade yeteneği ile doğrudan alâkalıdır. Başka bir ifadeyle, caydırma, akıl ve irade yeteneğine hitap etmesi hasebiyle, tam akıl hastaları ile akıl sağlığına sahip kişiler arasında, caydırma etkisi bakımından ciddi farklılık vardır.

Cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki, amaç bakımından görülen en esaslı farklılık belki de karşılığını verme bakımındandır. Ceza, genel olarak bir haksızlığın, özelde bir suçun karşılığını verme amacı taşıırken, güvenlik tedbirinde, haksızlığın karşılığını vermek gibi bir amaç yoktur.

b. Öz Bakımından

Ceza, özü itibarıyla, failin kusuru hakkındaki bir kınama yargısının somutlaşmış halidir³⁶⁷; güvenlik tedbiri ise kusurun bir karşılığı değildir ve her güvenlik tedbiri uygulaması, failin kusurunun kınanmasıyla ilgili olmayabilir.³⁶⁸ Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bir suç işlenmesinin aranıyor olması, bu gerçekliği değiştirmemektedir. Mesela, tam akıl hastalarına uygulanan güvenlik tedbirinin, kınama yargısının somutlaşmış hali olduğu söylenemez. Zira tam akıl hastası bir kimsenin, kusur yeteneği söz konusu değildir.

Cezaların infazında olduğu gibi güvenlik tedbirlerinin infazında da failin arzusu dikkate alınmaz. Dolayısıyla, her ikisi de zecrîdir. Böylece, güvenlik tedbirleri, zorla uygulanmakla, kişide hoşnutsuzluğa, ezaya, azaba, acı ve ıstıraba yol açabilir, ancak, güvenlik tedbirlerinde, hoşnutsuzluk, eza, azap,

³⁶⁷ Ceza, “suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanmasıdır, müşahhaslaşması”dır: Armin Kaufmann, *Normentheorie*, s. 228’e atıf yapan: Özgenç, 4. bası, s. 29, dn. 57. Başka bir deyişle, “ceza, işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaşmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır”.: Armin Kaufmann, *Normentheorie*, ss. 228-229’a atıf yapan: Özgenç, 5. bası, s. 566.

³⁶⁸ Bkz.: Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 66.

acı ve ıstırap, cezalarda olduğu kadar yaptırımın esaslı bir unsurunu teşkil etmez.³⁶⁹ Hoşnutsuzluk, eza, azap, acı ve ıstırap, güvenlik tedbiri uygulamasının zorunlu sonucu olarak karşımıza çıkabilir.

Cezalar, suçun karşılığını oluştururlar. Bunun iki veçhesi vardır. Birincisi, suçlar ve cezalar cetvelinde her ceza bir suçun karşısında yer alır ve uygulanan somut ceza, net olarak, işlenmiş olan bir suça ilişkindir. İkincisi, uygulanan somut ceza, işlenmiş olan suça “karşılıklıta bulunma” amacını, bir başka deyişle, işlenmiş olan suçun “karşılığı olma” niteliğini taşır. Güvenlik tedbirleri ise, ileriye yönelik olmakla, hem suçun karşılığı değildir; hem de net olarak bir suç tipinden değil; genel olarak suçlardan korunmaya yöneliktir.³⁷⁰

c. Kusur İlişkisi Bakımından

Kusur, ceza uygulamasının hem ön koşulu hem de cezanın şiddetini tayinde dikkate alınacak ölçüdür. Böylece, ceza tatbiki için kusurun varlığı şartken, güvenlik tedbiri uygulanması için kusur şart değildir.³⁷¹ Yine, cezaların ölçüsü failin kusuruna göre belirlenmek gerekirken, güvenlik tedbirlerinin ölçüsünün tespitinde kusurdan ziyade, failin iyileştirilmesi, mevcut tehlikenin ortadan kaldırılması ve toplumun, mağdurun ve failin korunması göz önünde bulundurulur.³⁷² Bu bakımdan, TCK'nın 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan “[s]uç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” hükmü, güvenlik tedbirlerine ilişkin kısmı bakımından isabetli değildir.³⁷³

³⁶⁹ Bkz.: Artuk, **a.g.m.**, s. 477, Nuhoglu, **a.g.e.**, ss. 66, 68-69.

³⁷⁰ Bkz.: Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 66.

³⁷¹ Bkz.: Artuk, **a.g.m.**, s. 478.

³⁷² Bkz.: Artuk, **a.g.m.**, s. 478; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 61; Özgenç, **4. bası**, s. 678.

³⁷³ Özgenç de bu hükmün isabetsiz olduğu görüşündedir: Özgenç, **4. bası**, s. 678.

d. Süre Tayini Bakımından

Cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında, sürenin kanunla belirlenmesi bakımından fark vardır.³⁷⁴ Ceza hukuku sistemimizde, ceza bakımından “belirsiz süreli hükme” yer verilmediği gibi, cezaların alt ve üst sınırları, kanunda belirtilmek durumundadır; güvenlik tedbirlerine ilişkin sürelerin alt ve üst sınırları her güvenlik tedbiri bakımından kanunla belirlenmiş değildir. Örneğin, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin sona ermesi açısından, “toplum açısından tehlikeliliğin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının” tespiti gerekmekte; Kanun, bu güvenlik tedbirinin sınırını önceden belirlememektedir (TCK, m. 57/2).

e. İnfaz Rejimi Bakımından³⁷⁵

Cezaların çeşitleri ve infaz suretleri, güvenlik tedbirlerinin çeşitlerine ve infaz suretlerine nispetle daha sınırlıdır. Zira, güvenlik tedbirlerinin infazında, failin kişisel özellikleri, cezaların infazındakine nispetle daha fazla dikkate alınmak gerekir. Örneğin, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin infazında, hastanın tedavisinin gerektirdiği yöntem adedince farklı infaz usulünden bahsedilebilir. Yine, güvenlik tedbirlerinin infazında, pedagojik ve tıbbî kuralların geçerliliği daha fazla hissedilir. Dönmezer/Erman, “ceza hukuku müeyyidelerinin bireyselleştirilmesi” bağlamında şu hususları belirtmektedirler:

“[...] güvenlik tedbirlerinin bireyselleştirilmeleri yani suçlunun kişiliği göz önünde tutulmak suretile her özel durumda ferdi şekilde uygulanmaları ve bu süre içerisinde de aynı suretle hareket edilmesi, uygulamanın sonuçları gözönünde tutularak nitelik ve nicelik bakımından değiştirilebilmeleri tabiatları içindedir ve dayandıkları *tehlike hali* kavramının tabî bir sonucudur. Her insandaki tehlike hali onun kişiliği ile ilgili sübjektif nitelik taşıdığından, bunu kaldırmaya yönelmiş tedbirlerin de

³⁷⁴ Bkz.: Artuk, **a.g.m.**, s. 476; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 61.

³⁷⁵ Aşağıdaki bilgilerde, büyük ölçüde, Artuk, **a.g.m.**, s. 477’den istifade edilmiştir. Ayrıca bkz.: Nuhoglu, **a.g.e.**, ss. 68-69.

her olayda kişiye göre değişebilen karakter taşıması zorunlu bir sonuç sayılmalıdır. Güvenlik tedbirleri, cezadan farklı olarak sadece şahsa yöneliktir.”³⁷⁶

Yukarıda işaret edildiği üzere, tedbirler, zorla uygulanmakla, kişide acı ve ıstıraba yol açabilse de, acı ve ıstırap, cezalarda olduğu kadar yaptırımın esaslı bir unsurunu teşkil etmez.³⁷⁷ Tedbirlerin mümkün olduğu ölçüde, kişi olağan yaşamından koparılmadan uygulanması yerinde olur.³⁷⁸

f. Karar Veren Merci Bakımından

Ceza verilmesi için mutlaka bir mahkeme hükmü gerekir, ancak, güvenlik tedbirleri, mahkeme hükmüyle de hâkim kararıyla da verilebilmekte; hatta, kasten işlenmiş olan bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinde, bir mahkeme hükmüne veya hâkim kararına dahi gerek bulunmamaktadır.³⁷⁹ Bununla birlikte, kimi yazarlar, güvenlik tedbirlerine de cezalar gibi mahkemeler tarafından hükmedileceği görüşündedirler.³⁸⁰

B. Türk Ceza Kanunu’nda “Seçenek Tedbirler” Adıyla Düzenlenen Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak “Seçenek Tedbirler”

Türk Kanun koyucu, onarıcı adalet yaptırımıyla birlikte toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarını TCK’nın 50 nci maddesinde beş başlık altında toplanabilecek şekilde düzenlemiştir; bunların genel olarak “seçenek yaptırım” özelde ise “seçenek tedbir” olduğunu açıkça belirtmiştir. TCK’nın 45

³⁷⁶ Dönmezer, Erman, s. 576, no. 1352.

³⁷⁷ Güriz’e göre; “[c]ezanın özünde suç işleyene elem verilmesi, ıstırap çektirilmesi fikrinin bulunduğu söylenebilir.”: Güriz, **a.g.e.**, s. 205.

³⁷⁸ Artuk, **a.g.m.**, s. 477. Ayrıca bkz.: Nuhoglu, **a.g.e.**, ss. 68-69.

³⁷⁹ Özgenç, **4. bası**, ss. 678-679.

³⁸⁰ Artuk, **a.g.m.**, s. 474; Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 84.

inci maddesinin gerekçesinde, Kanun'da "iki şeritli"³⁸¹ yaptırım sisteminin benimsenmekte olduğuna yönelik ifadeler yer almakta; yaptırımlar, cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden müteşekkil ve ibaret sayılmaktadır: "Suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. Ceza olarak ise sadece hapis ve adli para cezası uygulanacaktır." Cezaların, hapis cezası ve adlî para cezasıyla sınırlı olduğu, TCK'nın 45 inci maddesinde ve madde gerekçesinde belirtilmektedir. Dikkat çekici olan bir husus, TCK metninde onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlarla ilgili olarak "güvenlik tedbiri" kavramının değil, sadece "tedbir" kavramının kullanılmış olmasıdır. Kanun'da bunların açıkça "yaptırım" olarak nitelendirilmiş olması, bunların ceza hukuku yaptırımı olduğunun Kanun'dan açıkça anlaşılmasıyla birlikte dikkate alındığında ve ceza hukuku yaptırımlarının cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden ibaret olduğunun belirtildiği düşünüldüğünde, Kanun'da açıkça böyle nitelendirilmiş olmasa da bu yaptırımların Kanun koyucu tarafından güvenlik tedbiri olarak düşünüldüğü sonucuna ulaşılabilir. Nitekim, 5352 sy. Adlî Sicil Kanunu'nun 4/1-d maddesinde bu yaptırımlardan açıkça güvenlik tedbiri olarak söz edilmiştir.

Erem'in, eski ceza sistemimiz için işaret ettiği³⁸², 765 sy. TCK'nın 11 inci maddesinde, maddenin ifadesiyle "cürümlere mahsus cezalar" arasında bu müesseselerin sayılmamış olmasına benzer bir durum, yeni ceza sistemimiz bakımından da geçerlidir. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, 5237 sy. TCK'nın 45 inci maddesinde, "suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar[ın], hapis ve adli para cezaları" olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu sınırlamanın ne kadar geçerli olacağı; bir başka anlatımla, bu hükmün, burada sayılanlardan başka müesseselerin ceza sayılmasına engel teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay, eski ceza sistemimiz döneminde, bu konuda şu görüşleri beyan etmiştir:

³⁸¹ İfade için bkz.: Veli Özer Özbek, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 188 vd.

³⁸² Erem, **a.g.e.**, s. 267.

“Modern yaşıyışın icapları mehz kanunun ve TCK.nun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen bazı Özel Kanunlarda, daha önceden öngörölmemiş yeni bir takım ‘ceza’, ‘fer’i ceza’ veya emniyet tedbirinin kabulüne yasakoyucu zorlanmıştır. Niteliği itibariyle ‘ceza’ veya ‘fer’i ceza’ olan bir müeyyideyi, TCK. nun 11. maddesinde sayılmadı diye, ‘emniyet tedbiri’ olarak vasıflandırmak, ziyadesiyle şekilci bir düşünüş tarzıdır; bu kabul, kavram kargaşasına ve çelişkili uygulamalar yapılmasına zemin yaratır”³⁸³

Öğretide, bu yaptırımların nitelikleri konusunda farklı görüşler vardır. Çınar, buradaki bütün müesseselerin “önlem” olduğu kanaatindedir.³⁸⁴ Özgenç’e göre, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-d) ve “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e), güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardır; “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) ve “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” (m. 50/1-f) ise, ne tedbir ne ceza ne de yaptırımdır, birer yükümlülüktür; yine, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) ne tedbir, ne ceza ne de başka bir yaptırımdır.³⁸⁵ Koca/Üzülmez’e göre bütün bu müesseseler “güvenlik tedbiri”dir.³⁸⁶ İnce, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmanın ceza niteliğinde olduğu, diğer müesseselerin ise tedbir olduğu görüşündedir.³⁸⁷ Hafizoğulları/Özen’e ve Çetin’e göre, bu müesseselerin hepsi cezadır.³⁸⁸ Özbek’e göre, “aynen iade, suçtan önceki

³⁸³ CGK. 25.4.1988, 91/173.; CGK. 25.11.1983, 265/383: Önder, **a.g.e.**, s. 490.

³⁸⁴ Ali Rıza Çınar, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 37.

³⁸⁵ Özgenç, 5. bası, ss. 613-614, 616-617.

³⁸⁶ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 500.

³⁸⁷ Hüseyin İnce, **Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 172.

³⁸⁸ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 473. Çetin, **a.g.e.**, ss. 38-39. Hafizoğulları ve Özen’e göre: “[...] kanunun 2. maddesi ve Anayasanın 38. maddesi karşısında, “Yaptırımlar” ile sadece ceza müeyyidesini ifade ediyorsa, 50. maddede hürriyeti bağlayıcı ceza yerine öngörülen yoksunluklar cezadır. Eğer, bu terim ile hem cezalar, hem de güvenlik tedbirleri kastediliyorsa, 50. maddede yer alan yoksunluklar, güvenlik tedbiri değildirler, katıksız cezadırlar, çünkü cezalar arasında yer almaktadırlar.”: Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 473. Çetin de, seçenek yaptırımların, cezalar bölümünde düzenlenmiş olmasından hareketle ceza olarak anlaşılmalı gerektiği kanaatindedir: Çe-

hale getirme veya tazminin tedbir niteliğinde olup olmadığı tartışılır” olmakla birlikte, bu “yaptırımların güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi gerekir”.³⁸⁹ Zafer’e göre, “Türk Ceza Kanunu’nun “güvenlik tedbirleri” başlığı altında düzenlenen klasik güvenlik tedbirlerinden farklı” olmakla birlikte, “bu tedbirler de hukuki nitelikleri itibariyle güvenlik tedbirleridir.”³⁹⁰

Yine, Dönmezer/Erman ve Gölcüklü, bu müesseselerin eski ceza sistemimizdeki muadillerinin “tedbir” olduğu kanaatindedirler.³⁹¹ Ersoy, bu müesseselerin, “önlem” niteliğinde “yaptırımlar” olduğu kanaatindedir.³⁹² İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver ise, eski ceza sistemimizde, 647 sy. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 4 üncü maddesindeki “bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etme”, “muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men” ve “ehliyet veya ruhsatnamenin muvakkaten geri alınması” müesseselerini, “güvenlik önlemleri” başlığı altında incelemiştir.³⁹³ Avcı’ya ve Önder’e göre, eski ceza sistemimizde, bu üç müessese ile birlikte “aynen iade veya tazmin” müessesesi de “tedbir”dir.³⁹⁴ Erem ise, eski sistemimizde, bu “hususların <<ceza>> mı, <<emniyet tedbir>>i mi oldukları[nın] anlaşılma[dığını]” ifade etmiştir.³⁹⁵

tin, **a.g.e.**, ss. 38-39. Türk Ceza Kanunu’nda seçenek yaptırımların, Kanun’un “genel hükümler” başlıklı birinci kitabının “yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmının “cezalar” başlıklı birinci bölümünde yer aldığı; “güvenlik tedbirleri” başlıklı bir ikinci bölüm bulunmasına rağmen seçenek yaptırımların “cezalar” bölümünde düzenlendiği doğrudur. Ancak, kanaatimizce, seçenek yaptırımların, aynı üçüncü kısmın “güvenlik tedbirleri” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmemiş olması, bu yaptırımların ceza sayılması için veya güvenlik tedbiri sayılmaması için yeterli değildir. Bir müessesenin nerede düzenlenmiş olduğu bir yorum vasıtasıdır ve diğer yorum vasıtalarıyla birlikte değerlendirilmelidir.

³⁸⁹ Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2007, s. 59.

³⁹⁰ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010, s. 361.

³⁹¹ Dönmezer, Erman, ss. 662-663 ve s. 723; Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 102 vd.

³⁹² Ersoy, **a.g.e.**, ss. 164-165.

³⁹³ İçel vd., **a.g.e.**, s. 118.

³⁹⁴ Mustafa Avcı, **Hürriyeti Bağlayıcı Cezaya Seçenekler**, Doktora Tezi (T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Tez Danışmanı: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, İstanbul 1994, s. 35; Önder, **a.g.e.**, s. 503.

³⁹⁵ Erem, **a.g.e.**, s. 267. Yazarın yukarıda yer verdiğimiz görüşlerine rağmen, eserinin aynı sayfasında, bu müesseselerden “ceza” ve “çevirme cezaları” olarak bahsetmesi, yazarın kendi ifadelerinden (“maddenin başlığında (İnf. K. 4) kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanacak <<cezalar>> dan bahsolunmuştur. Halbuki aynı maddede sayılan hususlardan bazıları ceza değil-

Bu konuda, Çetin'in görüşlerini tartışmak için özel bir yer açmakta fayda görmekteyiz. Seçenek yaptırımlar ile güvenlik tedbirlerini karşılaştıran ve seçenek yaptırımların güvenlik tedbiri sayılamayacağı görüşünde olan Çetin'e göre, TCK'da, "güvenlik tedbirleri" başlığı altında değil de "cezalar" başlığı altında düzenlenmiş olan seçenek yaptırımlar, "düzenlendi[kler]i yer itibariyle [...] cezadır".³⁹⁶ Yazara göre,

"[...] güvenlik tedbiri ceza verilemeyecek veya ceza verilmesinin yetersiz kaldığı hallerde uygulanabilecek olan yaptırımlardır ki, mesela, tekerrür kurumunun güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmesinin asıl sebebi de kendisini burada yani "cezanın yetersiz kaldığı hâl" olarak göstermektedir[...]. Oysa seçenek yaptırımlar, adli para cezası seçenek yaptırımı da dahil olmak üzere, kısa süreli bir hapis cezasının bile sanık için ağır olarak nitelendirildiği ve bu nedenle, bunun yerine konulması düşünülen yaptırımlar olarak kendisini göstermektedir. Yani, seçenek yaptırımlar, klasik anlamda hürriyeti bağlayıcı bir cezanın ağır ve sanığın şahsî haline uygun olmadığı gerekçesi ile daha hafif bir hale dönüştürülmesidir. Bu anlamda, seçenek yaptırımlar güvenlik tedbirlerinden tamamen farklı bir amaca hizmet etmektedir. Bir ceza fonksiyonu görmektedir."³⁹⁷

Çetin, eserinin başka bir yerinde de şu ifadelerle yer vermiştir:

"[...] TCK'nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımlardan hiç birinin suçludaki tehlike haliyle orantı olarak hükmedilmediği ve esas itibariyle sosyal savunma amacına yönelmiş bir müeyyide olmadığı söylenebilir. Tam tersine, burada, seçenek yaptırım (cezası) kendisine uygulanacak kimse için kısa süreli hapis cezası verilmesi bile, ağır bir ceza olarak değerlendirildiği için, daha hafif bir müeyyide uygulanması söz

dir (bk. TCK. 11.)" de anlaşıldığı üzere, 647 sy. CİK'in 4 üncü maddesinin başlığının önceki halinde, "ceza ve tedbirler" ifadesinin değil sadece "cezalar" ifadesinin kullanılmış olmasındandır.

³⁹⁶ Çetin, **a.g.e.**, s. 68.

³⁹⁷ Çetin, **a.g.e.**, ss. 70-71.

konusu olmaktadır ki bu da “güvenlik tedbiri değil” daha hafif bir “ceza” uygulaması olarak kendisini göstermektedir.”³⁹⁸

Çetin’e göre,

“[s]eçenek yaptırım bir ceza olduğu için ancak ve yalnızca suç işlediği kesin olarak anlaşılan kusurlu bir kimse hakkında hükmolunabilir[...]. Bir başka anlatımla, seçenek yaptırımın hükmolunabilmesi için, ortada tüm unsurları ile bir suç ve bu suçun kendisine isnadı mümkün bir suçlunun (yani kusur ehliyeti dolayısıyla cezalandırılabilir bir suçlunun) bulunması gerekmektedir.”³⁹⁹

Çetin, isabetli olarak, seçenek yaptırımların ancak kusurlu bulunan kimselere tatbik edilebileceğini; güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi içinse kusurun tespit edilmesine gerek olmadığını ifade etmektedir.⁴⁰⁰ Ancak, seçenek yaptırımların sadece kusurlu bulunan kimselere uygulanabilmesi, bu yaptırımların, ancak, işlediği suç nedeniyle kusurlu bulunan kimseler hakkında verilen hapis cezalarından “çevrilerek” verilebiliyor olmasındandır. Başka bir anlatımla, seçenek yaptırımların ancak kusurlu bulunan kişilere tatbik edilebilmesi, bu yaptırımların hukukî niteliğinden, daha açık bir ifadeyle ceza niteliğinde olmalarından değil; pozitif düzenleme itibarıyla, ancak cezadan çevrilerek verilebilen yaptırımlar olmalarındandır. Çetin’in eserinde bu dolaylı etkiye de işaret edildiğini⁴⁰¹ belirtmekle birlikte; seçenek yaptırımların, ceza olmaları hasebiyle, ancak kusurlu bulunan kimseler “hakkında hükmolunabileceği” görüşüne katılmıyoruz.

Çetin’e göre,

“Cezanın kusurlu, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olması gerektiği belirtildiğinde[...], hiç kuşku yok ki seçenek yaptırım, failin tehlikeliliğine göre değil, failin kusuruna göre belirlenecektir[...]. Bunu ise TCK’nın 50. maddesi, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişili-

³⁹⁸ Çetin, a.g.e., s. 61, dn. 205.

³⁹⁹ Çetin, a.g.e., s. 69.

⁴⁰⁰ Çetin, a.g.e., s. 69.

⁴⁰¹ Çetin, a.g.e., s. 69.

ğine sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımın belirleneceğini ifade ederken, göstermektedir. Çünkü bu anlatım içerisinde hiç kuşku yok ki sanığın kusurluluğunu anlatan ibareler bulunmasına karşın, tehlikeliliğini anlatan ibareler yer almamaktadır[...].⁴⁰²

Kanaatimizce, burada, özellikle “suçlunun kişiliği” unsurunun failin “tehlikeliliği” için de kullanılabilmesi ileri sürülebilir. Bu nedenle, 50 nci maddede yer alan yukarıdaki sebepler, seçenek yaptırımların failin kusuruna göre belirlenmesi gerektiğini söylemek için bir gerekçe oluşturmamaktadır.

Çetin, seçenek yaptırımların, birer güvenlik tedbiri olmak yerine birer ceza olarak kabul edilmesinin, “kişi hak ve hürriyetlerinin koruması amacına daha uygun düşmekte[...].” olduğunu belirtmektedir.⁴⁰³

Kanaatimizce, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları bakımından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi ve hapis cezasına seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının, aşağıda önereceğimiz “kademeli yaptırım sistemi” içerisinde yeniden düzenlenmesi üzerinde durulmalıdır. Böyle bir değişikliğe gidilmediği takdirde, TCK’nın 50 nci maddesindeki “seçenek yaptırımlar”ın, nitelikleri gereği, üç farklı yaptırım çeşidi olarak düzenlenmesi tartışılmalıdır. Burada yer alan ve Kanun koyucu tarafından “tedbir” olarak adlandırılan beş yaptırımdan üçü ceza, birisi onarıcı adalet yaptırımı ve bir tanesi güvenlik tedbiri olarak düzenlenebilir. Daha açık bir ifadeyle, bunlardan “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) onarıcı adalet yaptırımı olarak; “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c)” güvenlik tedbiri olarak; “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d), “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir mes-

⁴⁰² Çetin, a.g.e., s. 70.

⁴⁰³ Çetin, a.g.e., s. 71.

lek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e)” ve “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f)”, ceza olarak düzenlenebilir.

Aslında, biz, onarıcı adalet sisteminin, ceza adaleti sisteminin yanında müstakil bir sistem olarak kurulmasını ve onarıcı adalet yaptırımının bu sistemle uyumlu olarak düzenlenmesini önermekteyiz. Ancak, buradaki önerilerimiz, mevcut sisteme yöneliktir.

Böylece, cezalar ve güvenlik tedbirleri yanında üçüncü bir kategori olarak onarıcı adalet yaptırımına Kanun’da açıkça yer verilmesini; Türk ceza hukuku sisteminde, hukukî metinlerde belirtilmese ve hatta iki şeritli bir yaptırım sisteminin kabul edildiği anlamına gelebilecek ifadelere hukukî metinlerde yer verilmiş olsa bile kanaatimizce zaten kabul edilmiş olan “üç şeritli” yaptırım sisteminin⁴⁰⁴ Kanun’da açıkça kabul edilmesini önermekteyiz.

Kanaatimizce, 50 nci maddede düzenlenen seçenek yaptırımlardan, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b), **düzenlenişi itibarıyla**, “onarıcı adalet yaptırımı” olarak görülmeye daha elverişlidir. “Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımı ise, düzenlenişi itibarıyla, “tedbir” olarak görülmeye daha elverişlidir. Bunların dışında kalan üç yaptırım olarak, “belirli yerlere gitmekten 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) ise, düzenlenişleri itibarıyla “ceza” olarak görülmeye daha elverişlidir. “Düzenlenişleri itibarıyla” ibaresini kullanmakta dikkatliyiz, zira, özellikle, belirtilen son üç yaptırım, farklı düzenlemelerle, “tedbir” olarak görülmeye daha elverişli hale getirilebilir. Hatta, belirtmek gerekir ki, bu yaptırımlardan bazıları, farklı düzenlemelerle, “yaptırım” olmaktan ziyade, “yükümlülük” olarak düzenlenebilir. Bir yaptırımın, aynı anda hem ceza hem de gü-

⁴⁰⁴ Çetin’e göre, “TCK’nın sistematığı içerisinde bir yaptırım ya cezadır ya da güvenlik tedbiridir. Üçüncü bir yol (üçüncü bir iz) bulunmamaktadır.”: Çetin, **a.g.e.**, s. 199, dn. 585.

venlik tedbiri olarak düzenlenmesiyle ilgili olarak, Çetin'in ifadeleri şu şekildedir:

“bir yaptırım, kanun koyucu tarafından, hem ceza ve hem de güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olabilir. Esasen buna engel bir durum da yoktur. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının şartlarının birbirinden ayrı olması buna engel olmaz.”⁴⁰⁵

Belirtmemiz gerekir ki, anlaşıldığı üzere, 5237 s. TCK sistemi, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların birer “tedbir” olduğu, başka bir deyişle bu yaptırımların birer ceza olmadığı düşüncesi üzerine kuruludur. Bunun içindir ki, her ne kadar, yukarıda, düzenlenişleri itibarıyla sözü geçen yaptırımlar arasında bir tefrik yapılmışsa da, seçenek yaptırımlar ile TCK'nın diğer hükümleri arasında insicamın sağlanması bakımından adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların, en azından gereken kanunî değişiklikler yapıncaya kadar, tedbir olarak kabul edilmesi savunulabilir bir görüş olarak görülmektedir.

2. Düzenlenişleri İtibarıyla Ceza Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, “belirli yerlere gitmekten 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)” yaptırımları, düzenlenişleri itibarıyla, ceza olarak görülmeye daha elverişli yaptırımlardır.

Bu üç yaptırım, nitelikleri itibarıyla, ceza olarak düzenlenmeye elverişlidir. Başka bir deyişle, her üçü de **bir suçun karşılığı olan, olumsuz bir değer yargısı içeren, kasıtlı, zecrî ve yoksun kılıcı bir yaptırım** olarak düşünülebilir.

⁴⁰⁵ Çetin, a.g.e., s. 62, dn. 210.

Özgenç, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d)” ve “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e)” yaptırımlarının, “**suç oluşturan fiili işleyen kişiden toplumun korunması amacı[n]a** [...] hizmet eden güvenlik tedbirleri”⁴⁰⁶ olduğunu belirtmektedir. Belirtilen bu iki yaptırımın, toplumu koruma amacına hizmet ettiği doğrudur. Ancak, yukarıda izah edildiği üzere, cezanın olanaksızlaştırma amacıyla güvenlik tedbirlerinin toplumu koruma amacı arasında bir benzerlik vardır. Dolayısıyla, salt bu amaç, güvenlik tedbirlerini cezalardan tefrik etmeye yeterli değildir. Diğer taraftan, yukarıdaki her iki yaptırım da uygulandığı kişiye hoşnutsuzluk verebilecek cinstendir. Hoşnutsuzluk, eza, azap, acı, ıstırap, güvenlik tedbirlerinin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkabilir, ancak, bunlar, cezanın özünde bulunan unsurlardır. Bu iki yaptırım türünü, hoşnutsuzluk verici olmak bakımından da ceza veya güvenlik tedbiri olarak ayıramıyoruz. Başka bir deyişle, hoşnutsuzluk verici olmak yönünden, bu iki yaptırım türü, hem ceza hem de güvenlik tedbiri olarak görülmeye elverişlidir.

Diğer taraftan, belirtilen üç yaptırım bakımından, cezayı güvenlik tedbirinden tefrik etmeye yarayacak araçlar görülebilmektedir.

Yukarıda belirtilen yaptırımların, güvenlik tedbirinden ziyade ceza olarak görülebilmesini sağlayan ilk araç, karşılığını verme amacıdır. Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin amaçları bakımından belki en önemli farklılık, cezanın, genel olarak bir haksızlığın, özel olarak ise bir suçun karşılığını verme amacıyla oluşudur. Güvenlik tedbirlerinde ise, haksızlığın karşılığını vermek gibi bir amaç yoktur. Belirttiğimiz üç yaptırım, gerçekleştirilen haksızlığın karşılığı olarak görülmeye elverişlidir. Kanun’un kendi ifadelerinden hareketle bir örnek verilecek olursa, 50 nci maddeye göre, “gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda [...], ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına” karar verilebilecektir. TCK’nın 22 nci maddesinde, taksir, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı-

⁴⁰⁶ Özgenç, 4. bası, s. 677. Vurgu, yazara aittir.

la, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” olarak tanımlamaktadır. Kast ve taksir, haksızlığın birer gerçekleştirilme biçimi olarak düşünüldüğünde,⁴⁰⁷ “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık”, haksızlığın bir gerçekleştirilme biçiminin bir unsurunu teşkil etmektedir. “Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması” ise bu unsuru içeren bir suçun karşılığı olarak düşünülmeye elverişlidir.

İkinci olarak, ceza, kusur hakkında bulunulan kınama yargısının somutlaşmış haliyle⁴⁰⁸, her güvenlik tedbiri uygulamasında bir kınama yargısı bulunmaz. Hâl böyleyken, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d)” ve “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e)”, işlenmiş olan suçla bağlantılı olarak uygulanması gereken yaptırımlardır. Başka bir deyişle, işlenmiş olan suçun konusuyla, uygulanan yaptırımın konusu arasında bir alâka bulunmalıdır. Örneğin, futbol müsabakalarını izlemeyi pek sevmeyen bir kimsenin maç izlemekten yasaklanması uygun bir yaptırım olmayacağı gibi, işlediği suç, futbol müsabakası izlemekle veya taraftarlıkla ilgili olmayan bir kimsenin maç izlemekten yasaklanması da çok uygun bir yaptırım olmayacaktır. Bu yasağın uygun bir uygulaması, futbol müsabakalarını stadyumlarda düzenli olarak takip eden bir kimsenin, örneğin taraftarı olduğu takımın maç yaptığı bir takımın taraftarına karşı yaralama suçu işlemesi hâlinde görülebilir.⁴⁰⁹ Dikkat edilirse bu hâl, kişinin içerisinde bulunduğu kusurluluk durumu hakkında bulunulan kınama yargısının somutlaşmış hâli olarak görülmeye elverişlidir. “Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e)” yaptırımında, bu durum daha belirgindir. Zira, Kanun metninde, bu yaptırımın uygulanabilme şartı olarak, “[s]ağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak sure-

⁴⁰⁷ Özgenç, **4. bası**, s. 225.

⁴⁰⁸ Ceza, “suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanmasıdır, müşahhaslaşması”dır: Armin Kaufmann, **Normentheorie**, s. 228’e atıf yapan: Özgenç, **4. bası**, s. 29, dn. 57. Başka bir deyişle, “ceza, işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muamele edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaşmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır”.: Armin Kaufmann, **Normentheorie**, ss. 228-229’a atıf yapan: Özgenç, **5. bası**, s. 566.

⁴⁰⁹ Bkz.: Özgenç, **6. bası**, s. 623.

tiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması” aranmaktadır (TCK m. 50/1-e). Böylece, uygulanan bu yaptırım, “sağlanan hak ve yetkinin kötüye kullanılması veya gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması” hakkında bulunulan kınama yargısının somutlaşmış hâli olarak görülmeye elverişlidir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımını da kusur hakkında bulunulan kınama yargısının somutlaştırılmış hâli olarak görmeye engel yoktur.

Üçüncü olarak, kusur, ceza uygulamasının hem temelini teşkil eder hem de ölçüsünü tayin eder. Ceza tatbiki için kusur şartken güvenlik tedbiri uygulamasında kusur dikkate alınmaz. 50 nci maddede bulunan bütün yaptırımlar bakımındansa kusurun varlığı şarttır. Zira, bu yaptırımlara hükmedebilmek için öncelikle hapis cezasına hükmedebilmek, hapis cezasına hükmedebilmek içinse kusur tespit edebilmek gereklidir. Diğer taraftan, belirtilen üç yaptırımın süresinin belirlenmesinde, kendisinden çevrilmiş olduğu hapis cezasının süresinin ölçü alındığını görmekteyiz. Bu durum, Kanun’da, “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle” ifadesiyle yer bulmuştur. Mahkûm olunan hapis cezasının süresi ise elbette kusura göre tespit edilecektir. Dolayısıyla bu üç yaptırım türünün süresi, failin kusuruna göre belirlenmektedir. Oysa, güvenlik tedbirlerinin ölçüsünün belirlenmesinde kusurdan ziyade failin tehlikelilik durumu, koruma ve iyileştirme amaçları dikkate alınır.

Dördüncü olarak ve yukarıda süreyle ilgili anlatılanlarla bağlantılı olarak, cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında, sürenin kanunla belirlenmiş olması bakımından fark vardır. Cezaların alt ve üst sınırları kanunla gösterilirken güvenlik tedbirinde bu şart değildir ve hatta kimi durumlarda bu belirleme anlamsız olabilir. 50 nci maddede düzenlenen yaptırımların yukarıda belirtilen üçü bakımından, öncelikle, sürenin üst sınırı genel olarak kısa süreli hapis cezasının üst sınırıyla yani bir seneye sınırlıdır. İkincisi, “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle” yani hükmedilen somut hapis cezasının süresiyle sınırlıdır.

Beşincisi, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımının ceza sayılmasıyla ilgili olarak, İnce'nin işaret ettiği üzere⁴¹⁰, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da destekleyici bir düzenleme mevcuttur. Belirtilen Kanun'un İkinci Kitabının Birinci Kısımının başlığı "Diğer Cezalar"dır ve bu Kısımın "Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma ve Adlî Para Cezalarının İnfazı" başlıklı Birinci Bölümünde adlî para cezasıyla birlikte kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya yer verilmiştir.

Bütün bunlarla beraber, bu yaptırımların "değiştirilebilir" (m. 50/7) olmasının, onların güvenlik tedbiri olarak kabulü bakımından "önemli bir gerekçe" olduğu belirtilmiştir.⁴¹¹ Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kanunilik ilkesi, cezalar bakımından olduğu gibi, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, bu yaptırımların "değiştirilebilir" olması, onların ceza veya güvenlik tedbiri sayılması meselesinden çok, cezalarla veya güvenlik tedbirleriyle ilgili olarak, kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme bulunup bulunmadığı meselesiyle ilgilidir. Bu bakımdan, kabul etmek gerekir ki, cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında yukarıda zikrettiğimiz farklılıklardan infaz rejimi bahsi hatırlandığında, bu yaptırımlar, "değiştirilebilir" olmaları bakımından güvenlik tedbirlerine daha yakındır. Ancak, bu "değişebilirlik", belirtilen yaptırımların güvenlik tedbiri sayılmasına gerekçe olarak sunulabileceği gibi, "kendine özgü" ceza sayılmasına da gerekçe olarak sunulabilir.

3. Düzenlenişi İtibarıyla Tedbir Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımı

Kanaatimizce, 50 nci maddede düzenlenen yaptırımlardan, düzenlenişi itibarıyla tedbir sayılmaya en yakını, "bir meslek veya sanat edinmeyi sağla-

⁴¹⁰ İnce, **a.g.e.**, s. 173, dn. 100.

⁴¹¹ Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 545.

mak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımıdır.⁴¹² Bu tedbirle, 5395 sy. Çocuk Koruma Kanunu’nun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasının b bendinde düzenlenen “eğitim tedbiri” arasında ciddi benzerlik vardır. ÇKK’nın 5 inci maddesi hükmünde, “çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesi”ne yer verilir. ÇKK’nın 11 inci maddesinde, yukarıda belirtilen “eğitim tedbiri”nin, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü **güvenlik tedbiri** olarak anlaşılacağı belirtilmektedir.

Yukarıda yer verilen benzerliğin ötesinde de, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımının güvenlik tedbiri sayılmasına sevk eden sebepler vardır.

Birincisi, bu yaptırım türünde, failin iyileştirilmesi ön plana çıkmaktadır. Gerçi, cezanın da ıslâh ve rehabilitasyon amaçlarından söz edilir, ancak bu amaçlar, bütüncül yaklaşım içerisinde, cezanın karşılıklı bulunma, caydırma ve olanaksızlaştırma amaçlarıyla birlikte düşünülmelidir. Bu yaptırım türünde ise, kanaatimizce, bir suçun karşılığını verme amacının veya caydırma amacının veya olanaksızlaştırma amacının ön planda olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

İkincisi, bu yaptırım bakımından, yaptırımın kişinin arzusu hilâfına uygulanmasıyla, zorunlu bir sonuç olarak hoşnutsuzluk, eza, azap, acı, ıstırap ortaya çıkabilse de, bunlar, yaptırımın özüne ilişkin değildir.

Üçüncüsü, cezaların ölçüsü kusura göre belirlenirken güvenlik tedbirlerinin ölçüsü, kusurdan ziyade, koruma ve iyileştirme amacına göre belirlenir. Bu yaptırımın ölçüsünün belirlenmesinde kusur ön planda gözükmemektedir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, ceza olarak görülmeye daha elverişli olduğunu kabul ettiğimiz üç yaptırımın süresi bakımından “mahkûm olunan cezanın

⁴¹² Özgenç’e göre, “eğitim kurumuna devam etme, ancak bir cezanın infazı bağlamında kişiye yüklenen bir yükümlülük olabilir. Bu yükümlülük, ne bir tedbir ne de bir yaptırımdır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün “infaz”ından da söz edilemez.”: Özgenç, **5. bası**, s. 614.

yarısından bir katına kadar süre” ölçüsü öngörülmüşken; bu yaptırım türünde, “en az iki yıl süre” ölçüsü öngörülmüştür. Böylece, sürenin belirlenmesinde, failin kusurundan ziyade, ıslâhı, iyileştirilmesi veya tehlikelilik halinin ortadan kaldırılması ölçü alınacaktır.

Dördüncüsü, Kanun, bu tedbir bakımından bir üst sınır belirlememiştir. Oysa, mevcut ceza hukuku sistemimizde, bütün cezaların alt ve üst sınırları kanunda belirlenmek gerekir. Üst sınırın belirlenmemiş olması, ceza sayılmaya mani olsa da güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmeye aykırı düşmez. Özbek ve diğerlerine göre, bu yaptırım bakımından “üst sınırın belirtilmemiş olması yaptırımı güvenlik tedbiri niteliğine yaklaştırır. Diğer bir deyişle üst sınırın belirtilmemiş olmasının sebebinin bunda aramak gerekir”.⁴¹³

Beşincisi, infaz rejimi bakımından, güvenlik tedbirlerinde, pedagojik ve tıbbî kuralların geçerliliği, cezalara nispetle daha fazla hissedilir. “Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme”nin, bizzat “pedagojik” bir yaptırım olduğu söylenebilir.

Kanaatimizce, cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında, niceliğe ilişkin olanın ötesinde, nitelik bakımından farklılık vardır. TCK'nın 50 nci maddesi uyarınca, hapis “ceza”sının “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) “yaptırım”ına çevrilmesi söz konusudur. Aynı nitelikteki yaptırımların bir diğerine çevrilmesi ile bir yaptırımın farklı nitelikteki bir yaptırıma çevrilmesi farklılık arz eder. Başka bir deyişle, bir cezanın başka bir cezaya çevrilmesi ile bir cezanın güvenlik tedbirine çevrilmesi arasında fark vardır. Birincisinde, esas, amaçları ve niteliği müşterek olan yaptırımlar arasında, niceliğe ilişkin bir değişim söz konusudur. İkincisinde ise, esas, amaçları ve niteliği farklı olan bir yaptırıma geçiş söz konusudur. Diğer bir anlatımla, kısa süreli hapis cezasının hükmedilme

⁴¹³ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 554. Bu yaptırımın da, “50. maddenin 1. fıkrasında yazılı diğer yaptırımlar gibi bir ceza yaptırımı” olduğunu savunan Çetin’e göre ise, “[b]urada, bir üst sınır getirilmemesi, hükümlenilecek yaptırım ile elde edilmek istenilen amacın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Mahkemece, bir üst sınır belirlenirken, hiç kuşku yok ki, objektif durumun gerektirdiği şartlar dikkate alınacaktır. Kanun koyucunun, buna imkân tanımak için, bir üst sınır getirmediği anlaşılmaktadır. [...] Yaptırımın bir ceza olduğu hususu da dikkate alınacak olursa, burada bir üst sınır belirleyen düzenlemenin getirilmesinin daha uygun olacağı söylenebilir”. Çetin, **a.g.e.**, ss. 183-184.

esas ile “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) tedbirinin hükmedilme esas farklı olmak gerekir.

Hâl böyle olunca, kısa süreli hapis cezası, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımına “çevrilirken”, ilkin bir cezadan vazgeçilmesi, ikinci olarak bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi söz konusudur.⁴¹⁴ Cezaların bir diğerine çevrilmesinden farklı olarak, burada, bu iki hususun değerlendirilmesi gerekir. Ceza sisteminde bulunan diğer kurumlara benzetilecek olursa, nihayetinde, öyle bir noktaya gelinmektedir ki, birinci hususla ilgili olarak verilen karar, “af”fa (TCK, m. 65), “beraat”e (CMK, m. 223) veya “ceza verilmesine yer olmadığı kararı”na (CMK, m. 223) benzeyecek, ikinci hususla ilgili olarak ise “güvenlik tedbirine hükmedilmesi”ne (CMK, m. 223) benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Meselenin asıl düğümlendiği nokta, bir ceza verilmesinden vazgeçmeyi gerektirecek, yani, “beraat”i gerektiren durumlara veya “ceza verilmesine yer olmadığı kararı”nı gerektiren durumlara benzer bir durumun mevcut olup olmadığıdır. Böyle bir durumun mevcudiyeti pek zordur. Zira, beraate veya ceza verilmesine yer olmadığına değil, kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyete hükmedilmiştir. Öyleyse hâkim burada, özel affa benzer bir karar mı vermektedir?

Tartışılması gereken husus, CMK’nın, 223 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında belirtilen “belli bir cezaya mahkûmiyet yerine güvenlik tedbirine hükümlenmesi”na benzer bir durumun mevcudiyetidir. Anayasamızın 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “ceza”dan ve “ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri”nden bahsedilmektedir. Özgenç’in belirttiği gibi,

⁴¹⁴ “Cezaların yerine emniyet tedbirlerinin uygulanmasında ise iki görüşe rastlanmaktadır; Bir görüşe göre, cezaların özel önleme ve emniyet tedbirlerinin genel önleme etkisi vardır. Emniyet tedbirleri bu genel önleyici etkisini gerçekleştiren ve kötülüğü içeren niteliği sayesinde cezanın yerine uygulanabilir. Diğer görüşe göre, cezanın genel önleme etkisinden, başka bir amaç uğruna vazgeçilebilir. Örneğin, gençleri cezalandırmak, onların kişiliklerinin gelişimine olumsuz etkide bulunur. Özellikle hafif suçlarda cezadan vazgeçmek, failin tedavisine önem vermek gerekir.” Franz Exner, **Die Theorie der Sicherungsmittel**, Berlin, 1914, s. 208 ve 210’a atıf yapan: Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 152.

“güvenlik tedbirlerinin amacı ile cezaya bağlanan hukuki sonuçlar bakımından ve ayrıca, cezaya hükmetmenin yanı sıra güvenlik tedbirinin uygulanabilir olması dolayısıyla, Anayasanın bu ifadesi doğrudur.”⁴¹⁵

Kanaatimizce, CMK'nın 223 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında yer alan ve yukarıda belirtmiş olduğumuz ifadenin, “cezanın yerine geçen bir güvenlik tedbirine hükmolunması” olarak değil de “ceza verilmeyerek güvenlik tedbirine hükmolunması” olarak anlaşılması gerekir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımını, 50 nci maddedeki diğer toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlardan farklı nitelik arz etmekle, kısa süreli hapis cezasının 50 nci maddedeki diğer toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlara çevrilmesiyle “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) yaptırımına çevrilmesi farklı nitelik arz etmektedir. Böylece, belirtilen yaptırım 50 nci maddedeki katalogdan çıkarılarak, kısa süreli hapis cezasının belirtilen yaptırıma çevrilmesinin, farklı bir maddede düzenlenmesi isabetli olabilir.

4. Düzenlenişi İtibariyle Onarıcı Adalet Yaptırımını Olarak Görülmeye Daha Elverişli Olan İkameli Yaptırım

Kanaatimizce, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (m. 50/1-b)” yaptırımını, onarıcı adalet yaptırımını olarak nitelendirilmeye elverişlidir. Bu yaptırım, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, **aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin** suretiyle, **tamamen giderilmesi**”nden ibaret olmakla, zararın karşılanmasıyla sınırlıdır ve bunun ötesinde failden bir şey beklenmemektedir. Yürürlükteki ceza hukuku sistemimiz, “haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini giderme”ye matuf yaptırımlardan daha çok, “haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiilî ve hukuki sonuçlar doğurma[ya], bu kişiye belli etkilerde bulun[maya]” matuf yaptırımlar

⁴¹⁵ Özgenç, 4. bası, ss. 678-679, dn. 207.

üzerine kuruludur.⁴¹⁶ Ancak, gerek Dünya'nın çeşitli yerlerinde, gerekse ülkemizde, mağdurun haklarının ve mağdurun mağduriyetini gidermeye yönelik yaptırımların üzerine, giderek daha fazla eğildiği görülmektedir. Özbek ve diğerleri de, bu yaptırım çeşidinin, cezalar ve güvenlik tedbirleri yanında kendine özgü bir yaptırım çeşidi (üçüncü iz) olduğu görüşündedir.⁴¹⁷ Adı geçen yazarlara göre,

“mağduriyetin giderilmesi bir yaptırım olmaktan çok suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araçtır. Bu yönüyle mağduriyetin giderilmesi ceza hukukunda değişik amaçlar için uygulanabilir ve kısa süreli hapis cezasına alternatif olarak kullanılması bunun bir görünüşü olarak kabul edilmelidir.”⁴¹⁸

Kanaatimizce de “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi”, “suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araç”tır ancak bu kabul, onu bir yaptırım olarak kabul etmemize engel değildir. Özgenç ise, “kısa süreli hapis cezası yerine zararın tazminine hükmedilmiş olması halinde”, bu tazminin, ne bir “tedbir”, ne bir ceza, ne de sair bir yaptırım olduğu görüşündedir. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet hükmünde tazminat olarak tespit edilen para miktarının icra yoluyla yerine getirilmesinin de mümkün olmadığını dikkate alan Özgenç'e göre, “bu nedenle zararın tazmininin, mülga 647 s. İnfaz Kanununda olduğu gibi, TCK'nın 50. maddesinde bir seçenek “yaptırım” olarak nitelendirilmesi doğru olmamıştır.”⁴¹⁹

⁴¹⁶ Özgenç, **4. bası**, s. 573. Tırnak içindeki ifadeler, Özgenç'e aittir.

⁴¹⁷ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 545.

⁴¹⁸ Özbek vd., **a.g.e.**, ss. 551-552.

⁴¹⁹ Özgenç, **5. bası**, ss. 613-614. “Yaptırım” kavramının anlamı konusundaki görüşlerimiz, yukarıda açıklanmıştır.

II. ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ CEZA ADALETİ SİSTEMİNDEKİ ÜST KATEGORİLERİ

A. Hapsetme Harici Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları

Onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, güvenlik tedbirleriyle ve adlî para cezası, sürgün, dayak ve ölüm gibi cezalarla birlikte, hapsetme harici ceza hukuku yaptırımları arasındadır.

Mer'î Türk hukukunda, hapsetme harici ceza hukuku yaptırımları; adlî para cezası, “seçenek yaptırımlar” ve güvenlik tedbirleridir.

İngiliz uygulamasında, yaptırımlarla sınırlı kalmamak üzere, hapsetme harici ceza hükümlerini; şartsız serbest bırakma (absolute discharge)⁴²⁰; şartlı serbest bırakma (conditional discharge); teminatla serbest bırakma (bind-over); tazminat emri (compensation order); para cezası (fine) ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hükmü (community sentence) şeklinde belirlemek ve belki de bunlara hükmün ertelenmesini (deferment of sentence) eklemek mümkündür.⁴²¹

B. Hapis Cezasının Sakıncalarını Gidermeye Yönelik Kurum Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları

Yukarıda, “Bütüncül Teoride Kısa Süreli Hapis Cezaları ile Onarıcı Adalet Yaptırımının ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Cezalandırmadaki Amaçlar ve Cezanın Sahip Olması Gereken Nitelikler Bakımından Mukayesesi” başlığı altında, hapis cezalarının, özellikle kısa sü-

⁴²⁰ Dönmezer ve Erman’a göre, “mutlak serbest bırakma”: Dönmezer, Erman, **Cilt III**, Onikinci Bası, s. 5.

⁴²¹ Bkz.: Ashworth, **a.g.e.**, s. 293 vd.

reli hapis cezalarının sakıncalarına temas edilmişti. Ceza adaleti sistemlerinde, hapis cezasının sakıncalarını önlemeye yönelik kurumlar bulunmaktadır. Türk sisteminde, “seçenek yaptırımlar” başlığı altında düzenlenen ve kısa süreli hapis cezasının adlî para cezasına veya Kanun’da yer alan onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevrilmesi, uzlaşma, önödeme, hapis cezası ile adlî para cezasının seçimlik olarak öngörülmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi, adlî para cezasının hapis cezasından bağımsız olarak öngörülmesi, hapis cezasının özel infaz şekilleri ve koşullu salıverilme ile birlikte, hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar başlığı altında incelenebilir.⁴²²

C. Yaptırımın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Aracı Olarak Onarıcı Adalet Yaptırımı ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımları

1. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kavramları

Cezanın belirlenmesi, **kanun metninde soyut olarak belirlenmiş olan cezanın, gerçekleştirilen bir fiil neticesinde, fail bakımından uygulanmasını; failin, bu fiili neticesinde maruz kalacağı cezanın niteliğinin ve niceliğinin tespitini** ifade etmektedir. Cezanın belirlenmesinde, 5237 s. TCK’da yapıldığı gibi, ceza türünün belirlenmesi, temel cezanın belirlenmesi ve sonuç cezanın belirlenmesi arasında bir ayırım yapmak mümkündür.

Cezanın bireyselleştirilmesi ise, cezanın belirlenmesinde, **failin kişilik özelliklerinin dikkate alınmasını** ifade eder.⁴²³ Başka anlatımlarla, “Cezanın bireyselleştirilmesi, yasada öngörülen cezanın her somut olayda **suçlunun**

⁴²² Bkz.: Koca, Üzülmez, **a.g.e.**; Özgenç, 5. bası.

⁴²³ Centel, Zafer, Çakmut da, “[b]ireyselleştirme, cezanın belirlenmesinde önemli bir işlemdir” demekle, bireyselleştirmenin, belirlemenin içinde bir kavram olduğunu kabul etmektedirler: Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 567.

kişiliğine uygun hale getirilmesi demektir⁴²⁴ ya da “[m]üeyyidenin bireyselleştirilmesi, Ceza hukukunun izlediği amaçlar bakımından müeyyidenin her **suçlunun kişiliğine uydurulması** demektir⁴²⁵. Özbek vd.’ne göre,

“[c]ezanın bireyselleştirilmesi kavramını cezanın belirlenmesinden ayıran temel husus, sadece belirli failer tarafından uygulanabilir olmalarıdır. Cezanın belirlenmesi ise ceza kanunlarında yer alan tüm cezalar için genel geçer kurallar içerir.”⁴²⁶

Cezanın bireyselleştirilmesi, gerçekleşme aşamalarına ve gerçekleştiren organlara göre, yasama bireyselleştirmesi, yargısal bireyselleştirme ve idarî bireyselleştirme olmak üzere üçe ayrılır. Bir yasama faaliyetiyle, belirli özelliklerdeki kişilerin belirli durumlarda suç işlemesi halinde uygulanacak ceza, diğer kişiler için öngörülen cezalardan farklı düzenlemelere tâbi tutulabilir. Yasama bireyselleştirmesine örnek olarak mükerrirler için öngörülen düzenlemeler gösterilir. Bireyselleştirmenin yargısal bir işlemle gerçekleştirilmesi de mümkündür. Yine, cezanın infazı aşamasında, yetkili idare tarafından, cezanın infazının hükümlünün kişiliğine uydurulmasına ilişkin düzenlemeler öngörülebilir.⁴²⁷

Özgenç, mer’i hukuk sistemimizde cezanın belirlenmesi sürecinde, “önce, işlenen fiilin haksızlık içeriği[nin]; bilahare, gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla kişinin kusuru[nun], kusurluluk durumu[nun] göz önünde bulundurul[acağı]” belirtmiştir. Özgenç’e göre, bu süreçte “kişinin kusurunun göz

⁴²⁴ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 567. Vurgu, tarafımıza aittir.

⁴²⁵ Belloni, L’Individualisation de la Peine et les Raisons de l’Ecole Classique et de l’Ecole Positiviste (RIDP, Y. 1935, S. 4, s. 322 ve son’a atıf yapan: Dönmezer, Erman, s. 575, no. 1352. Vurgu, tarafımıza aittir. Dönmezer ve Erman’ın aktardıklarına göre, Sheldon Glueck, bireyselleştirme hakkında şunları belirtir: “Kelimenin gerçek anlamında cezayı ihtiva eden hükmü bireyselleştirmek, belirli bir suçlu bakımından iki hususu gerekli kılar; ilk olarak suçluyu, diğer suçlulardan, kişiliği, karakteri, sosyal geçmişleri, suça sebebiyet veren etmenler ve kendisinde bulunan uslanmak veya mükerrir olmak hususundaki gizli yetenekler bakımlarından ayırt etmek ve ikinci olarak, söz konusu suçlunun gelecekte yeni suçlar işlenmesi ihtimalini azaltacak surette, belirttiği problemleri çözümlmek için bastırıcı, uslandırıcı, psikiatrik ve sosyal tedbirlerden hangisinin uygulanmasının uygun olacağını tayin etmek”: Sheldon Glueck, Predictive Devices and the Individualization of Justice (Law and Contemporary Problems, c. XXIII, no. 3, s. 461 ve son.)’a atıf yapan: Dönmezer, Erman, ss. 575-576, dn. 1.

⁴²⁶ Özbek vd., **a.g.e.**, ss. 621-622.

⁴²⁷ Dönmezer, Erman, s. 577, no. 1354.

önünde bulundurulması, aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanlarından birini oluşturmaktadır.”⁴²⁸Diğer taraftan, Dönmezer/Erman’a göre,

“Kanun cezalar için aşağı ve yukarı sınırlar göstermiş bulunduğu hallerde, failin sorumluluk derecesine göre cezanın belirlenmesi bireyselleştirme değildir; zira cezanın failin sorumluluk derecesi ile orantılı bulunması zorunludur.”⁴²⁹

Özgenç, 765 sy. TCK’nın 29 uncu maddesine göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan, “failin ... geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı”nın “işlenen fiilin haksızlık içeriği bakımından dikkate alınabilecek hususlar [olmadığını; bunların] ancak cezanın bireyselleştirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulabil[eceği]” belirtir ve 5237 sayılı TCK’nın 62/2 nci maddesinde düzenlenen takdiri indirim sebeplerine işaret eder: “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar”.⁴³⁰ Koca/Üzülmez de aynı konuya temas eder ve bu hususların, “haksızlıkla doğrudan bağlantılı olmayan, ancak bireyselleştirmenin konusunu oluşturacak olan ölçütler” olduğunu belirtirler.⁴³¹

Onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları bakımından ister müstakil başvuru sistemi kabul edilsin, isterse mer’i ceza hukuku sistemimizdeki gibi, “(hapis cezasından) çevirme” yöntemi kabul edilsin; kanaatimizce, her iki durum da yaptırımın bireyselleştirilmesi başlığı altında incelenebilecek konulardır. Zira, “çevirme” yönteminin bireyselleştirme aracı olduğu konusunda pek tartışma yoktur⁴³²; müstakil başvuru sisteminde ise, onarıcı adalet yaptırımının veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının diğer yaptırım türlerine tercih edilmesi söz konu-

⁴²⁸ Özgenç, **5. bası**, s. 730.

⁴²⁹ Dönmezer, Erman, s. 577, no. 1354.

⁴³⁰ Özgenç, **5. bası**, s. 733.

⁴³¹ Koca, Üzülmez, **3. baskı**, s. 578.

⁴³² Özgenç’e göre de “kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan birine hükmetme, **cezanın bireyselleştirilmesi enstrümanlarından birini oluşturmaktadır**”: Özgenç, **5. bası**, s. 612. Vurgu, yazara aittir.

su olacaktır ve bu tercih işlemi, aşağıda belirtileceği üzere, yaptırımın türünün belirlenmesi bağlamında bir bireyselleştirme işlemi teşkil edecektir. Yargısal bir işlemle gerçekleştiriliyor olması, bunların yargısal bireyselleştirme vasıtaları olduğunu göstermektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da mülga 647 s. Kanun'un öngördüğü seçenek yaptırımlara çevirme müessesesinin, "cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal kişiselleştirme kurumu" olduğunu belirtmiştir.⁴³³

Dönmezer/Erman'ın belirttikleri gibi,

"İyi bir bireyselleştirme zengin bir müeyyideler listesinin varlığını gerektirir.⁴³⁴ Suçluların çok çeşitli tipolojileri karşısında iyileştirme araçları da çeşitli olmalıdır. Özellikle cezalar bakımından bireyselleştirmeyi sağlamak üzere seçimlik cezaların kabulü bu konuda metoddur."⁴³⁵

Mer'i sistemimizde, yaptırımda yargısal bireyselleştirmenin araçları olarak, seçimlik cezalar arasında tercih yapılması, takdiri indirim nedenleri, adli para cezasının belirlenmesinde kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın tespit edilmesi (TCK, m. 61/8), mahsup, bazı hallerde ceza vermekten kaçınma yetkisi (m. 22/6; m. 92), hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme gösterilebilir. 765 s. TCK sisteminde

⁴³³ Yargıtay CGK, 2.3.2004, 8-39/56: Çınar, **a.g.e.**, s. 39.

⁴³⁴ Albrecht ve van Kalmthout da, "ara ceza"ların ("intermediate penalties") gelişim sürecinde, bireyselleştirme ile geniş ceza seçenekleri arasında bulunduğu düşünülen ilişkiye temas etmektedir: Hans-Jörg Albrecht, Anton M. van Kalmthout, "Intermediate Penalties: European Developments in Conceptions and Use of Non-Custodial Criminal Sanctions", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 1-11, s. 2. Utriainen ise, "genel önleme" amacının benimsenmesiyle, cezaların sınırlı çeşitte olması arasında doğru orantı olduğu görüşündedir: Terttu Utriainen, "Community Sanctions in Finland", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 193-207, ss. 193-194'te. Fanchiotti de, 1930'larla 1975 arası İtalyan ceza sisteminin yöneliminin genel önleme amacı olması hasebiyle, hapis cezasına -ki o dönemde hapis cezası, hafif suçlar dışındaki suçlar için kullanılan esas cezaî yaptırımdır- bazı alternatiflerden yararlanma imkânının çok sınırlı olduğunu belirtir. Hâlbuki, yazara göre, faşist dönemde yapılan yasanın kabulünden sonraki on yıllarda, hapis cezasına alternatiflerin sayısı önemli derecede artmıştı, ki bu, cezalandırmayı, yeni demokratik toplumun değerleriyle daha uyumlu hâle getirmişti.: Vittorio Fanchiotti, "Alternatives to Imprisonment in the Italian Criminal Justice System", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 327-348, ss. 328-329'da.

⁴³⁵ Dönmezer, Erman, s. 580, no. 1358.

mevcut bulunan ancak yürürlükteki sistemimizde kabul edilmemiş olan adli tevbih müessesesi de cezanın yargısal bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Cezalar bakımından, sistemimizde kabul edilmeyen, süresi belirsiz hüküm ise, bireyselleştirmenin uç bir örneğidir.

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Cezanın İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Uygulaması Arasındaki İlişki ve Türk Ceza Adaleti Sisteminde Bu Kurumların Uyumlaştırılması için Önerilerimizi Barındıran “Kademeli Sistem”

a. Mer’i Ceza Hukuku Sistemimizdeki Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Tatbiki Müesseselerinin Mukayesesi

(1) Nitelik Bakımından

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi ve hapis cezası yerine seçenek yaptırım tatbiki kurumlarının üçü de, yaptırımın, failin kişilik özelliklerine uydurulması vasıtalarıdır ve böylece, yaptırımın bireyselleştirilmesi araçlarıdır.

Her üç kurum da hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlardır.

Önder’in belirttiği gibi, erteleme kurumunun düzenleme çeşitlerine ve düzenlenen kurumların hukuki sonuçlarına göre, erteleme hukuki niteliği hakkındaki görüşler de değişebilecektir. Gerçekten de, erteleme “ceza”, “yeni bir müeyyide türü”, “kendine özgü bir müeyyide türü”, “ceza infazının değişik bir şekli”, “ceza tayini kurumu”, “cezaya etkili bir kurum”, “ıslâh tedbiri”, “bağımsız bir ceza hukuku reaksiyon şekli olup, çeşitli amaçları gerçekleştiren etkilere sahip bir müessese”, “müeyyideler sisteminde üçüncü iz”, “af”, “iyi

hal gösteren hükümlüye karşı bir ödül (mükâfat) olduğu yönünde görüşler vardır.⁴³⁶

Yine, yukarıdakilerden farklı olarak, ertelemenin, “cezanın yerini alan bir tedbir”, “tekerrürü önleyici bir suç siyaseti aracı”, “özel önleme, cezaların ferdileştirilmesi aracı”, “şartlı bir af”, olduğu yönünde görüşler bulunduğunu belirten Dönmezer/Erman’a göre, “tecil”, “ceza hukukunun faydacı karakterine uygun düş[en]”, “karma ve sui generis”, “cezalar sistemini tamamlayan ve başlı başına bir varlığı olan bir müessese”dir. Zira, adı geçen yazarlara göre, “tecilin bir bakımdan cezanın infazını geri bırakan kanunî bir sebep, bir bakımdan ise şartlı bir adlî af niteliğinde bulunduğu söylenebilir ve yine bir bakımdan şartlı bir hükümlülük niteliğini gösterdiği belirtilebilir.”⁴³⁷

Yukarıda belirtildiği gibi, ertelemenin, çeşitlerine ve bu çeşitlerin uygulanma şekillerine göre niteliğinin değişebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun içindir ki, ertelemenin hukukî niteliği konusunda açıklama yapılırken veya bu yöndeki açıklamaların muhatabı olunurken, bunların bütün erteleme çeşitlerine ve uygulamalarına şâmil olamama tehlikesi dikkate alınmalıdır. Aslında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve hapis cezasının infazının ertelenmesi bir üst başlık olan erteleme içerisinde incelenebilir. Bununla birlikte, mer’i ceza sistemimizdeki düzenleniş şekilleri itibarıyla bu iki kurumun nitelikleri, şartları, uygulama şekilleri ve sonuçları arasında farklar mevcuttur.

Erem, tecil kurumunun İngiliz ve Amerikan sistemi ile Avrupa sistemi olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebileceğini; Avrupa sistemi olarak adlandırılan sistemin de “cezanın infazının tecili” ve “şarta bağlı mahkûmiyet” olmak üzere ikiye ayrılabilceğini belirtir. 765 s. TCK’nın, 4055 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde, 95 inci maddeye göre, suçsuz geçirilen deneme müddetinden sonra mahkûmiyetin “infaz edilmiş sayıl[acağı]” kaydının mevcut olduğuna işaret eden Erem, 4055 sayılı kanunla getirilen değişiklikle, artık suçsuz geçirilmiş deneme müddeti sonunda mahkûmiyetin “esasen vâki ol-

⁴³⁶ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, ss. 608-609.

⁴³⁷ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. III, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 2164, Hukuk Fakültesi Yayınları No.: 481, İstanbul, 1976, ss. 11-12, no. 1656.

mamış” sayılmasının, değişiklikten sonraki sistemin “şarta bağlı mahkûmiyet” olduğu yönünde görüş beyan etmiştir.⁴³⁸

Dönmezer/Erman, 765 sy. TCK sisteminde, 4055 sy. Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, deneme süresi içerisinde suç işlenip işlenmemesine göre, erteleme iki farklı şekilde nitelendirilebileceğini, bu durumun, kendilerinin, erteleme “ceza sistemini tamamlayan, *sui generis* bir müessese” olduğuna ilişkin mütalâasını desteklediğini belirtirler. Adı geçen yazarlara göre, deneme süresinin belirlenen şartlar içerisinde tekrar bir suç işlemeyen geçirilmesi halinde erteleme kararı, şartlı bir hükümlülük kararıdır; deneme süresi içerisinde, gösterilen şartlar içerisinde yeniden bir suç işlenmesi halinde “her iki ceza ayrı ayrı infaz olunacağından, bu halde cezanın tecili kararı neticede *cezanın infazının şartlı olarak geri bırakılması kararı* haline gelmiş olur”.⁴³⁹

765 sy. TCK sisteminin 4055 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonraki hâlinde, erteleme için bir denetim öngörülmemesi, denetim süresince yerine getirilmesi öngörülen yükümlülükler yer verilmemesi (m. 93’e göre “Cezaların tecili kararının infazı hukuku şahsiyenin mahkum tarafından rızasıyla ifasına veya teminine talik olunabilir”) ve deneme süresinin iyi halli olarak geçirilmesi hâlinde, mahkûmiyetin gerçekleşmemiş sayılması karşısında, erteleme, bir “şartlı af” kurumu olduğu söylenebilir.⁴⁴⁰

Ancak, 5237 sy. TCK sisteminde, erteleme için denetim öngörülmüş ve denetim süresince uyulacak yükümlülükler düzenlenmiş, ayrıca denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi halinde cezanın “infaz edilmiş” sayılacağı kabul edilmiştir. Bu hâliyle, 5237 sy. TCK sisteminde erteleme bir “ceza infaz rejimi” olduğu kabul edilebilir.⁴⁴¹ TCK’nın 51 inci maddesinin gerekçesinde de, erteleme, “bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu hâline getirilmiş” olduğu belirtilmiştir.

⁴³⁸ Erem, **a.g.e.**, ss. 287-291.

⁴³⁹ Dönmezer, Erman, **C:III**, s. 18, no. 1665. Vurgu, yazarlara aittir.

⁴⁴⁰ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 510. Çetin’e göre de, “eski TCK uygulamasında, erteleme, bir şartlı af olduğu söylenebilir”: Çetin, **a.g.e.**, s. 76, dn. 244.

⁴⁴¹ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 510.

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, ertelemenin, eski sistemde “şartlı af” sayılabileceği yönündeki görüşümüz, ertelemenin hukukî neticeleri bakımından yapılan değerlendirmelere dayanmaktadır. Bu açıdan, eski sistemdeki hâliyle de olsa, erteleme bir af değil, “suçlunun yeniden sosyalleşmesini sağlamak amacını güden bir müessese niteliğini göster[mektedir]”.⁴⁴²

Kanaatimizce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, bazı farklar bulunmasına rağmen, 765 s. TCK sistemindeki erteleme gibi “şartlı af” olarak nitelendirilmeye müsaittir. Özgenç’e göre de, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi, 765 sy. TCK ile 647 sy. C[İ]K’de şartlı atıfet müessesesi olarak düzenlenen ertelemeye tekabül etmektedir”.⁴⁴³ Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kanun teklifi hakkındaki Adalet Komisyonu Raporunda da, 765 sy. TCK ve 647 sy. CİK sistemindeki ertelemenin “koşullu atıfet kurumu niteliği taşımakta” olduğu; 5237 sy. TCK sisteminde ise ertelemenin “hapis cezasına özgü bir infaz rejimi” olarak ve eski düzenlemeye nispetle “daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum” olarak düzenlendiği;

“[b]u nedenle kurumlar arasındaki dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımızda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, bir kurum olarak düzenlenmesi[nin] bir ihtiyaç olarak ortaya çık[tığı]”

ifade edilmiştir.⁴⁴⁴ Böylece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, 765 sy. TCK sistemindeki erteleme kurumundan daha ağır ama 5237 sy. TCK sistemindeki erteleme kurumundan daha hafif sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür.⁴⁴⁵

⁴⁴² İçel, “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), İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No.: 2270, Hukuk Fakültesi No.: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No.: 19, İstanbul, 1977, s. 340.

⁴⁴³ Özgenç, 5. bası, s. 594.

⁴⁴⁴ **Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu**, 6/11/2006, Esas No.: 2/870, Karar No.: 111.

⁴⁴⁵ Bkz.: Özgenç, 5. bası, s. 595.

5237 sy. TCK'da erteleme, Koca/Üzülmez'in ifadesiyle, "iyi halle geçirilen denetim süresi sonunda ceza infaz edilmiş sayıldığından, [...] **cezaların infazına seçenek bir kurum** olarak karşımıza çıkmaktadır."⁴⁴⁶ Halbuki, bu sistemde, 50 nci maddede düzenlenen onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, hapis cezasına **seçenek yaptırımlardır**. Böylece, erteleme, hapis cezasının infazı bakımından bir seçenek oluştururken, seçenek yaptırımlar hapis cezasının bizzat kendisine seçenek oluşturmaktadır. İrlanda Cumhuriyeti'yle ilgili olarak, Lockhart ve Blair'ın şu ifadeleri kayda değer:

"Hapis cezasının ertelenmesi* ile ilgili olarak tanımsal bir mesele vardır. Ertelenmiş ceza, kilit altına almaya bir alternatif teşkil etmektedir. Ancak, o, zarurî olarak bir toplum içerisinde infaz edilen yaptırım değildir. Bu, şu sorunun cevabı hakkında merak uyandırmaktadır: 'Toplum içinde konumlanan bir yaptırım, ne zaman [']toplum içerisinde infaz edilen yaptırım['] değildir?' Bu bir hapis dışı ceza hükmü ise, ancak, Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Yaptırımlar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları'na tâbi değilse, kötüye kullanılmasının önüne geçecek hangi teminatlar yürürlükte?"⁴⁴⁷

İnfaz bakımından, yukarıda belirtilen iki kurumun da toplum içerisinde uygulama alanı bulduğu doğrudur. Ancak, toplum içerisinde infaz edilme, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının yapıtaşını oluşturur; ertelemeye ise, başka surette de infaz edilebilen bir yaptırımın toplum içerisinde infaz edilmesi söz konusudur. Böylece, seçenek yaptırımlar, birer "yaptırım" teşkil ederken erteleme kapsamında öngörülen yükümlülükler "yükümlülük" teşkil etmektedir. Seçenek yaptırım uygulamasında, seçenek yaptırımlar, suçun karşılığını teşkil etmektedir. Hapis cezasının infazının ertelenmesinde ise, işlenen suçun karşılığı hapis cezasıdır, erteleme kapsamında öngörülen yükümlülükler ise bu cezanın "infaz vasıtaları"dır. Seçenek yaptırım-

⁴⁴⁶ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 510. Vurgu, tarafımıza aittir.

* "suspended prison sentence"

⁴⁴⁷ Lockhart, Blair, **a.g.m.**, s. 303.

lar bakımından, TCK'nın 50/5 nci maddesinde, "uygulamada asıl mahkûmiyet" in, 50 nci "madde hükümlerine göre çevrilen" yaptırımlar olduğu belirtilmiştir. Ertelemede ise asıl mahkûmiyet olarak hapis cezası varlığını devam ettirmektedir: "hükümlünün cezası infaz kurumunda değil, belirlenen koşullarla toplum içerisinde çektirilmekte, böylece bireyle devlet arasındaki ceza ilişkisi devam etmekte, ancak bunun biçimi değişmektedir."⁴⁴⁸ Bu yükümlülüklerin tatbikiyle, "hükümlünün ceza mahkûmiyetinin ciddiyetini hissetmesi"⁴⁴⁹ amaçlanır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında öngörülen yükümlülükler de, yaptırım teşkil etmemektedir.⁴⁵⁰

(2) Objektif Koşullar Bakımından

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi, failin talebine bağlı değildir. Mahkeme bu durumu re'sen gözetir. Bununla birlikte, "[s]anığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez" (CMK, m. 231/6). İnfazın ertelenmesi kararının verilebilmesi için de failin talebine gerek yoktur; mahkeme, erteleme konusunda re'sen karar verir; failin ertelemeden feragat etme yetkisi de yoktur.⁴⁵¹ Seçenek yaptırıma çevirme kararı bakımından da failin talebine gerek yoktur; mahkeme seçenek yaptırıma çevirme konusunda re'sen karar verir. Bu konuya üçüncü Bölüm'de tekrar dönülecektir. Failin, seçenek yaptırıma çevirme uygulamasından feragat etme yetkisi yoktur, ancak, "kamuya yararlı bir işte çalıştırılma" yaptırımına çevirme bakımından failin "gönüllü olması" şarttır (m. 50/1-f).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hem hapis cezaları için hem de adlî para cezaları için verilebilir. Diğer taraftan, hem infazın ertelenmesi hem seçenek yaptırım uygulaması ancak hapis cezaları bakımından

⁴⁴⁸ Ahmet Caner Yenidünya, "5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006/7, s. 63.

⁴⁴⁹ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 511.

⁴⁵⁰ İrlanda Cumhuriyeti'yle ilgili olarak, hükmün verilmesinin ertelenmesinin (deferment of sentence), "bir yaptırım olmaktan ziyade, bir prosedür" olduğu ileri sürülmüştür: B. Vaughan, **Toward a Model Penal System**, Dublin, Irish Penal Reform Trust, 2001, s. 74'e atıf yapan: Lockhart, Blair, **a.g.m.**, s. 297.

⁴⁵¹ Özgenç, **5. bası**, s. 631.

mümkündür; adli para cezasının ertelenmesi söz konusu değildir; diğer taraftan, adli para cezası, seçenek yaptırımlar babında, kısa süreli hapis cezasının (ve bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan uzun süreli hapis cezasının (TCK, m. 50/4)) çevrilebileceği bir ceza olarak yer almaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun işletilebileceği hapis cezaları bakımından bir üst sınır öngörülmüşken, bu kurumun işletilebileceği adli para cezaları bakımından bir üst sınır öngörülmemiştir. İnfazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının işletilebileceği hapis cezaları bakımından da, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan uzun süreli hapis cezalarının seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilebileceği hâller dışında (TCK, m. 50/4), üst sınır öngörülmüştür. Her üç kurumun uygulanma şartları arasında yer alan bu üst sınır bakımından, süre itibarıyla, hükmolunan somut ceza esas alınır.

Hem infazın ertelenmesinin hem de seçenek yaptırım uygulamasının şartları bakımından, onsekiz yaşını doldurmamış olanlarla altmışbeş yaşını doldurmuş olanlar bakımından farklı düzenleme öngörülmüştür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından ise böyle farklı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Şöyle ki, TCK m. 50/3'de,

“Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, [...] fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir”

denmek suretiyle, mahkemeye, bu yaş gruplarındaki kişiler bakımından seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu getirilmiştir. Özgenç'in belirttiği gibi, burada dikkat edilmesi gereken bir husus, altmışbeş yaşın dolması bakımından esas alınacak anın, fiilin işlendiği tarih değil, hükmün kurulduğu tarih olmasıdır.⁴⁵² Bu görüş, seçenek yaptırım uygulamasının, bir hafifletici sebep olmaktan ziyade, cezalandırmanın amaçlarına ulaşmada alternatif bir vasıta

⁴⁵² Özgenç, 5. bası, s. 619.

olmasıyla uyum içerisinde. Bu tartışmaya, Üçüncü Bölüm’de tekrar dönelecektir. Yine, TCK’nın 51/1’inci maddesine göre;

“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.”

Kanaatimizce, burada da, altmışbeş yaşın doldurulma anına esas alınacak tarih, fiilin işlendiği tarih değil, hükmün kurulduğu tarihtir. Zira, Yeni TCK sisteminde, erteleme, bir af veya hafifletme sebebi değildir, hapis cezasının infaz şeklidir. Kişinin yaşı dolayısıyla farklı bir düzenlemeye gidilmiş olması, bu kişiler bakımından infazın etkileri bakımından görülebilecek farklılıktan dolayıdır. Diğer bir anlatımla, kişi, bu kapsamda, yaşının ilerlemiş olması dolayısıyla daha az kusurlu vs. addedildiği için cezası hafifletilmemektedir; yaşı ilerlemiş olduğu için, cezası farklı bir surette infaz edilmektedir.

Diğer taraftan, “bir meslek veya sanat edinme amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme” seçeneğinin uygulamasında yaş farkı öngörülmemiş olmasına karşın, infazın ertelenmesi kapsamında “bir meslek veya sanat edinme amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme” yükümlülüğü, sadece onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler bakımından öngörülmüştür. Burada da, hükümlünün onsekiz yaşından küçük olduğu tarihin tespitinde, hükmün kurulduğu tarih esas alınmalıdır. Kanun’da da erteleme şartları bakımından “fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış” ifadesi kullanılırken (TCK, m. 51/1), belirtilen yükümlülük bakımından “onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler” ifadesi kullanılmıştır (TCK, m. 51/4-c). Bu ifadelerin seçimi, erteleme bir infaz şekli olmasıyla uyum içerisinde.

Belirtmek gerekir ki, Kanun’un hem seçeneğinin zorunlu çevirme bakımından hem de ertelemeye hapis cezasının üst sınırını belirleme bakımından, fiilin işlendiği tarihte onsekiz yaşın doldurulmamış olmasını aradığı hallerde de, kanuni bir düzenlemeyle, hüküm tarihinin de dikkate alındığı bir değişikliğe gidilmesi, yukarıdaki görüşlerimizle uyum içerisinde olacaktır: Örneğin, hüküm tarihinde yirmibir yaşını doldurmamış olmak gibi.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının üçünde de, terör suçları bakımından ortak bir sınırlama getirilmiştir. Gerçekten de, 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre,

“[b]u Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Bunun dışında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ayrıca, “Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak” işletilemez (CMK, m. 231/14).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumları arasında, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” koşuluna veya yaptırımına yer verilmiş olma bakımından benzerlik; fakat yer verme şekli bakımından farklılık vardır. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi, “[s]uçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”, koşuluna bağlıdır (CMK, m. 231/6). Diğer taraftan, TCK'nın 51/2 inci maddesine göre;

“[c]ezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.”

Dikkat edilirse, aynı koşulun yerine getirilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı için zorunlu iken, infazın ertelenmesi kararı için takdirîdir. “Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”ne, TCK'nın

50/1-b maddesinde, kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği seçenek yaptırımlar arasında yer verilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının işletilebileceği cezaların türü ve ölçüsü bakımından farklı düzenlemeler mevcuttur. Gerçekten de, “yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir”⁴⁵³ (CMK, m. 231/5). Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hem hapis cezaları hem de adlî para cezaları bakımından uygulanma kabiliyetine sahiptir; infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım tatbiki kurumları ise ancak hapis cezaları bakımından işletilebilir. Zaten, adli para cezası, bizzat, hapis cezasına seçenek yaptırım olarak düzenlenmiştir (TCK, m. 50/1). CMK’da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda, kişinin fiili işlediği sırada 18 yaşından küçük olup olmamasına göre yukarıdaki cezaların ölçüsünde bir değişme öngörülmemiştir. TCK’nın 51/1 inci maddesine göre, yukarıda belirtildiği üzere,

“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.”

Seçenek yaptırımlara çevirme müessesesi, kısa süreli hapis cezaları, yani, bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları bakımından kabul edilmiştir (TCK, m. 49/2 ve m. 50/1). Ayrıca,

“[d]aha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği”

⁴⁵³ Burada, adlî para cezası bakımından bir üst sınır belirlenmemiş olduğu gibi; hapis cezası için öngörülen sınır aşılmamak kaydıyla, hem hapis hem de adlî para cezasına hükmolunan hallerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilecektir. Yine, bu cezalarla birlikte, örneğin müsadere gibi bir güvenlik tedbirine hükmedilmiş olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel değildir: Özgenç, **5. bası**, s. 586.

kısa süreli hapis cezaları bakımından seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu vardır (TCK, m. 50/3). Bunlara ilâveten, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezası, süresine bakılmaksızın, adli para cezasına çevrilebilir (TCK, m. 50/4).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış bulunması gerekir (CMK, m. 231/6-a). Özgenç, buradaki mahkûmiyetin hapis cezası veya adli para cezasına mahkûmiyet olması gerektiği; sadece güvenlik tedbirine hükmedilmiş olmasının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine engel teşkil etmeyeceği görüşündedir.⁴⁵⁴ Ancak, Kanun'un ifadesi, adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımlara hükmedilmiş olması halinde de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğinin anlaşılmasına müsaittir. İnfazın ertelenebilmesi için, hükümlünün, “[d]aha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması” gerekir (TCK, m. 51/1). Böylece, taksirli suçlardan dolayı mahkûmiyet, ne hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ne de infazın ertelenmesine engel teşkil etmektedir. Seçenek yaptırım uygulamasında ise, failin daha önce mahkûm edilmiş olup olmamasının, genel olarak, önemi yoktur. Ancak,

“[d]aha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir”

(TCK, m. 50/3) hükmünde belirtildiği üzere, seçenek yaptırıma çevirmenin zorunlu olduğu durumlarda, bu koşul aranır. Özgenç, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için aranan “daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunma” koşulunun, hem hapis cezasının infazının ertelenmesine hem de seçenek yaptırım uygulamasına ilişkin koşullara nispetle “çok daha ağır” ol-

⁴⁵⁴ Özgenç, 5. bası, s. 586.

duğunu ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin “uygulama alanını oldukça daraltmakta” olduğunu belirtir.⁴⁵⁵

(3) Sübjektif Koşullar Bakımından

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının “sübjektif koşulları”⁴⁵⁶ bakımından da farklar vardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için, “mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması [...] gerekir” (CMK, m. 231/6). İnfazın ertelenmesi kararı verilebilmesi için, kişinin, “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” gerekir (TCK, m. 51/1). Özgenç’e göre, ertelemeyle ilgili olarak, “bu değerlendirmeler yapılırken failin kişiliği göz önünde bulundurulacaktır. Ancak işlediği suçun niteliğinin veya suçu işleyiş tarzının, erteleme kararı verilirken ölçü olarak alınmaması gerekir.”⁴⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 765 s. TCK döneminde vermiş olduğu bir kararında, “cezanın ertelenip ertelenmeyeceğine ilişkin takdir[in], mutlaka yasal [...], sanığın kişiliğine dayan[an] ve olay ile uyumlu” bir takdir olması gerektiğini ve ertelemeye yer olmadığına ilişkin karar bakımından “suçun unsurları[nın] ya da cezayı ağırlaştırıran sebepler[in] gerekçe olarak kabul edileme[yeceğini]” ifade etmiştir.⁴⁵⁸ Seçenek yaptırım uygulamasında, suçlunun “kişiliği”, “sosyal ve ekonomik durumu”, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” ve “suçun işlenmesindeki özellikler” dikkate alınır (TCK, m. 50/1).

⁴⁵⁵ Özgenç, **5. bası**, s. 587.

⁴⁵⁶ Özgenç, **5. bası**, s. 630. Bu koşullar, değerlendirmeyi gerekli kılar: Özgenç, **5. bası**, s. 630.

⁴⁵⁷ Özgenç, **5. bası**, s. 631.

⁴⁵⁸ CGK, 31.1.1994, 5-306/10 (YKD, Ağustos 1994, s. 1324 vd.): Özgenç, **6. bası**, s. 641., dn. 126.

(4) Uygulama Bakımından

İnfazın ertelenmesi ile, TCK'nın 51 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “[c]ezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.” Mahkeme, denetim süresi için, 51 inci maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedebilir ve “denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir” (TCK, m. 51/5). Diğer taraftan, “[m]ahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir” (TCK, m. 51/6). Seçenek yaptırım uygulamasında, TCK'nın 50 nci maddesinde düzenlenen beş farklı ikame yaptırımdan, onarıcı adalet yaptırımı olarak nitelendirdiğimiz “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (m. 50/1-b)” haricindekiler, yani, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, “sürelî yaptırım” olarak adlandırılabilir. Seçenek yaptırım uygulamasında, süre öngörülen yaptırımlar bakımından, yaptırımlara ilişkin genel asgari süre, “mahkûm olunan cezanın [süresinin] yarısı”dır; genel azami süre ise, “mahkûm olunan cezanın [süresinin] bir katı”dır (m. 50/1-d,e,f). Ancak, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c)” yaptırımının uygulanması bakımından, asgari iki yıllık bir süre belirlenmişken, azami bir süre belirlenmemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, 5237 s. TCK'nın seçenek yaptırımlara ilişkin düzenlemeleri itibarıyla, bu yaptırımın, diğer toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının aksine, güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmeye daha elverişli olmasında, uygulaması için azami bir süre belirlenmemiş olmasının etkisi vardır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumları arasında, öngörülen külfet çeşitleri ve ölçüleri bakımından fark vardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi, öncelikle, “[s]uçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun

uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” şartına bağlıdır (CMK, m. 231/6). Ayrıca,

“[bu] koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir”

(CMK, m. 231/9). Sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, beş yıllık bir denetim süresine tâbi tutulur ve mahkeme, denetim süresi içinde bir yılı aşmayacak şekilde belirlediği bir süre boyunca sanığı denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutabilir (CMK, m. 231/8). Karar verilebilecek denetimli serbestlik tedbirleri; “[b]ir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etme”, “[b]ir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılma”, “[b]elli yerlere gitmekten yasaklanma, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma” ya da “takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirme”dir (CMK, m. 231/8). Görüldüğü üzere, “takdir edilecek başka yükümlülük” ifadesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde öngörülebilecek denetimli serbestlik tedbirlerinin sahası oldukça geniş tutulmuştur.

İnfazın ertelenmesinde ise, öncelikle belirtmek gerekir ki,

“[c]ezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir”

(TCK, m. 51/2). Ayrıca, mahkemenin, belirleyeceği denetim süresince geçerli olacak yükümlülöklere hükmedip etmeme konusunda takdir hakkı vardır (TCK m. 51/4, 6). Bu yükümlölükler; “bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesi” (TCK, m. 51/4-a), “bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel

olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması” (TCK, m. 51/4-b) ve “onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi” (TCK, m. 51/4-c) dir. Ayrıca, “Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir” (TCK, m. 51/5). Bunlarla birlikte, “[m]ahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir” (m. 51/6).

Diğer taraftan, hapis cezasına seçenek yaptırımlar, TCK'nın 50 nci maddesinin birinci fıkrasında, “adlî para cezası” (m. 50/1-a), “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b), “en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c), “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-d), “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 alınması[... veya] belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e) ve “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” (m. 50/1-f) olarak düzenlenmiştir. Özgenç'in işaret ettiği gibi, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi” (m. 50/1-b) bakımından, 50 nci “madde metninde bu zararın def'aten veya taksitler halinde tazmin edileceğine, taksitler halinde tazminin mümkün olması halinde, taksit miktarlarının ve ödeme takviminin ne suretle belirleneceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır”.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ Özgenç, 5. bası, s. 614.

(5) Hukukî Sonuçlar Bakımından

i. Genel Olarak

Özgenç'in belirttiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, dava derdest olmaya ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişi sanık sıfatını taşımaya devam eder.⁴⁶⁰ Hapis cezasının infazının ertelenmesi ve seçenek yaptırım tatbiki müesseselerinde ise dava bitmiş ve hüküm kesinleşmiştir; ortada bir sanık değil, hükümlü vardır.

CMK m. 231/12'ye göre, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir".

Yine, CMK m. 231/13'e göre,

"hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir".

ii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilen Şekilde Geçirilme Hâli

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının, hukuk düzeninde arzu edilen şekilde geçirilme halinde yol açacakları hukukî sonuçlar bakımından fark vardır. Şöyle ki,

"[d]enetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir"

(CMK, m. 231/10). İnfazın ertelenmesinde ise, denetim süresi, kasten bir suç işlemeyen ve yükümlülüklerle uygun olarak geçirilmesi halinde, "ceza infaz edilmiş sayılır" (TCK, m. 51/7, 8). Burada, "infaz edilmiş sayılan" ceza, hapis

⁴⁶⁰ Özgenç, 5. bası, s. 589.

cezasıdır. Diğer taraftan, seçenek yaptırımlarla ilgili olan TCK m. 50/5'e göre, "[u]ygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir". Bu durum, bilahare işlenen suçlardan dolayı gündeme gelecek olan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaya (TCK, m. 53), ertelemeye (TCK, m. 51), tekerrüre (TCK, m. 58) ve seçenek yaptırımlara zorunlu çevirmeye (TCK, m. 50/3) ilişkin hükümler bakımından ehemmiyet arz eder.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresinin hukuk düzeninde arzu edilen şekilde geçirilmesi halinde, açıklanması geri bırakılan hükmün, bilahare işlenecek suçlardan dolayı gündeme gelebilecek ertelemeye ve tekerrüre ilişkin hükümler bakımından bir etkisi olmayacaktır. Bu haliyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesinin 765 s. TCK sistemindeki haline benzemektedir, zira bu sistemde, deneme süresinin suç işlemeden geçirilmesi halinde "mahkûmiyet esasen vâki olmamış" sayılıyordu. Ancak unutulmamalıdır ki, CMK m. 231/13'e göre,

"[h]ükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

İnfazın ertelenmesi bakımından ise, kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olduğu üç aydan uzun süreli hapis cezası ertelenmiş olan bir kimsenin bilahare işleyeceği bir suçun cezası iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olsa bile erteleme yapılamaz ancak böyle bir durumda, şartlar mevcutsa, bilahare işlenen suçtan dolayı mahkûm olunacak hapis cezası, seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Diğer taraftan, işlemiş olduğu suç neticesinde mahkûm olduğu üç aydan uzun süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilmiş olan kişinin bilahare işleyeceği bir suçtan dolayı mahkûm olacağı hapis cezası ertelenebilecektir.

Mahkûm edildiği hapis cezası ertelenen kişi bakımından, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl boyunca tekerrür hükümleri caridir (TCK, m. 58/2). Böylece, hapis cezası ertelenmiş hükümlü hakkında, denetim süresini

kasten bir suç işlemeden ve yükümlülükler uygun olarak geçirmesi hâlinde, tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği son tarihin hesaplanmasında, denetim süresini kasten bir suç işlemeden ve yükümlülükler uygun olarak tamamladığı tarih esas alınacaktır.

TCK'nın, tekerrüre ilişkin 58 inci maddesinde, tekerrür hükümlerinin geçerli olacağı zaman süresinin sınırı bakımından, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Seçenek yaptırımlara ilişkin, TCK m. 50/5 uyarınca, “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”. Bu durumda, işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu kısa süreli hapis cezası, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilen hükümlü hakkında zaman sınırlaması olmaksızın tekerrür hükümlerinin uygulanması yolunun açık tutulduğu anlamı çıkmaktadır. Kanun'un, örneğin onbeş yıllık bir hapis cezasına mahkûmiyet halinde dahi tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından bir süre sınırlaması öngörmüş bulunmasına karşılık, kısa süreli hapis cezası, örneğin, “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e)” yaptırımına çevrilmiş olan kişi bakımından böyle bir sınırlama öngörmüş olmaması yerinde değildir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumları arasında, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri (TCK, m. 53) bakımından fark vardır. TCK'nın, “[b]elli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlıklı 53 üncü maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirleri, esas olarak, “[k]işinin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak” (m. 53/1), istisnai olarak ise, 53 üncü maddenin birinci fıkrasında sayılmış olan “hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla [...] adlî para cezasına mahkûmiyet halinde” (m. 53/5), ve yine istisnai olarak, “[b]elli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde” (m. 53/6) uygulanır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresince bu hüküm bir hukuki sonuç doğurmayacağı için, TCK'nın 53 üncü maddesindeki hak yoksunluklarının bu bakımdan bir etkisi olmayacaktır. Yine, denetim süresi hukuk düzeninde arzu edilen şekilde geçirildiği takdirde, "açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı veril"eceği için, belirtilen hak yoksunluklarının bir etkisinden bahsedilemeyecektir. 53 üncü maddedeki hak yoksunluklarının, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar bakımından uygulanma imkânı yoktur. İnfazın ertelenmesi, hapis cezasının bir infaz şekli olmakla, bazı istisnalarla birlikte (m. 53/3,4), 53 üncü maddenin uygulama alanı içerisindedir. Ancak belirtmek gerekir ki, "Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmuş olan kişiler hakkında [53 üncü maddenin] birinci fıkra[sı] hükmü uygulanmaz" (m. 53/4). Böylece, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin bu cezası ertelenmiş veya seçenek yaptırımlara çevrilmiş ise, hakkında, 53 üncü maddenin birinci fıkrası uygulanmayacaktır.

iii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilmeyen Hususların Gerçekleşmesi Hâli

Yüklenen külfete uygun davranmaması halinde kişinin maruz kalacağı yaptırım bakımından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, infazın ertelenmesi ve seçenek yaptırım uygulaması kurumları arasında fark vardır. Şöyle ki; hükmün açıklanmasının geri bırakılması hâlinde,

"[d]enetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir"

(CMK, m. 231/11).

Diğer taraftan,

“[h]apis cezasının infazı ertelenen h]ükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hakimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir”

(TCK, m. 51/7).

Seçenek yaptırım uygulamasında ise,

“[h]üküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir”

(TCK, m. 50/6). Kanun’a göre, “[b]u durumda, beşinci fıkra[daki, “[u]ygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen [...] tedbirdir.”] hükmü uygulanmaz” (TCK, m. 50/6). Dikkat edilirse, Kanun’da, “seçenek tedbir”lerden bahsedilmekle, adli para cezası bu hükmün dışında bırakılmıştır. Böylece, kısa süreli hapis cezasından çevrilen adlî para cezasının ödenmemesi hâlinde, adlî para cezalarının ödenmemesine ilişkin genel kurallar geçerlidir (CGTİHK, m. 106). Diğer taraftan, “[h]ükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir” (TCK, m. 50/7). Bu hüküm de, adlî para cezaları için geçerli olmayan; onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları için geçerli olan bir hükümdür.

Tablo 2: Mer'i Ceza Hukuku Sistemimizdeki Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi ve Seçenek Yaptırım Tatbiki Müesseselerinin Mukayesesi

	Nitelik	Objektif Koşullar	Sübjektif Koşullar	Uygulama	Olumlu Sonuç	Olumsuz Sonuç
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	Şartlı af	<p>2 yıl veya daha kısa süreli hapis cezaları ve bütün adli para cezaları (uzlaşma kapsamındaki suçlar bakımından da, h.a.g.b. işletilebilir.)</p> <p>Daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmak</p> <p>“mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” şarttır.</p> <p>Denetim süresince aylık taksitler halinde ödeme imkânı vardır.</p> <p>Terör suç-</p>	<p>“sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması”</p>	<p>“beş yıllık bir denetim süresine tâbi tutulur ve mahkeme, denetim süresi içinde bir yılı aşmayacak şekilde belirlediği bir süre boyunca sanığı denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutabilir.”</p> <p>“Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etme”, “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 çalıştırılma”, “Belli yerlere gitmekten yasaklanma,</p>	<p>Davanın düşmesine karar verilir.</p> <p>Ertelene ve tekerrüre esas olmaz.</p> <p>Belli haklardan yoksun bırakılma yok.</p>	<p>“Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü</p>

		ları ve İnkılap kanunlarında yer alan suçlar bakımından sınırlama		belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirme”		kurabilir”
İnfazın Ertelelenmesi	Ceza İnfaz müessesesi	2 yıl veya daha kısa süreli hapis cezaları (18 yaşını doldurmuş olanlar ve 65 yaşını doldur-	“Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç	“bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm	Ceza infaz edilmiş sayılır Belli haklardan yoksun bırakılma, bir yıldan fazla ancak	“denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakim

		<p>muş olanlar bakımından farklı düzenleme mevcut)</p> <p>Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak</p> <p>“mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” şartına yer verilebilir.</p> <p>Terör suçları bakımından sınırlama</p>	<p>işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması”</p>	<p>olunan ceza süresinden az olamaz.”</p> <p>“denetim süresi için, 51 inci maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedebilir ve “denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir”</p> <p>“bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesi”, “bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması” ve “onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak</p>	<p>en fazla iki yıl olan cezaların ertelenmesinde söz konusu</p>	<p>uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir”</p>
--	--	--	--	---	--	--

				amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi” Rehber görevlendirilebilir.		
Seçenek Yaptırım Uygulaması	Hapis cezasına alternatif yaptırım	1 yıl veya daha az süreli hapis cezaları (zorunlu çevirme bakımından, 18 yaşını doldurmuş veya 65 yaşını doldurmuş olanlar bakımından farklı düzenleme mevcut); basit taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası, süresine bakılmaksızın, adli para cezasına çevrilebilir. Zorunlu çevirmede, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşulu aranır.	suçlunun “kişiliği”, “sosyal ve ekonomik durumu”, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” ve “suçun işlenmesindeki özellikler”	Üç yaptırım, “mahkûm olunan cezanın süresinin yarısından bir katına kadar süreyle”; bir yaptırım, en az iki yıl ve süre öngörülme-yen yaptırım olarak: “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi; “Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme”; “Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan	Seçenek yaptırım infaz edilmiş sayılır. Belli haklardan yoksun bırakılma yok	“Hükûm kesinleşikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir” “Bu durumda, “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen [...] tedbirdir.”] hükmü uygulanmaz”. Dikkat

		<p>“mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”, seçenek yaptırımlar arasındadır.</p> <p>Terör suçları bakımından sınırlama</p>		<p>yasaklanma”; “Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”;</p> <p>“Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma”</p>		<p>edilirse, Kanunda, “seçenek tedbir”lerden bahsedilmekle, adli para cezası bu hükmün dışında bırakılmıştır. Diğer taraftan, “Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir”.</p>
--	--	--	--	--	--	--

Tablo 3: Kademeli Yaptırım Sistemi⁴⁶¹

	<u>ONARICI SERBEST BIRAKMA</u>	<u>HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI</u>	<u>ŞARTLI ERTELEME</u>
NİTELİK	Şartlı af	Şartlı af	Ceza infaz müessesesi
OBJEKTİF KOŞULLAR	<p>60 gün veya daha az süreli hapis cezası veya 180 veya daha az günlük adli para cezası veya hakaret suçuyla ilgili olarak gündeme gelen cezalar</p> <p>Mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şarttır.</p> <p>Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm edilmemiş olmak</p>	<p>1 yıl (fili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olanlar bakımından 2 yıl) veya daha az süreli hapis cezası veya adli para cezası (uzlaşma kapsamındaki suçlar bakımından da h.a.g.b. işletilebilir.)</p> <p>Mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şarttır; bu şartın, çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi suretiyle karşılanmasına karar verilebilir.</p> <p>Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm edilmemiş olmak</p>	<p>2 yıl (fili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olanlar ve hüküm tarihinde 65 yaşını doldurmuş olanlar bakımından 3 yıl) veya daha az süreli hapis cezası</p> <p>Mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şarttır; bu şartın, çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi suretiyle karşılanmasına karar verilebilir.</p> <p>Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak</p>
SÜBJEKTİF KOŞULLAR	suçlunun kişiliği, pişmanlık durumu, hükümden sonraki yaşamında suç işlememeye gayret edeceği hususu, sosyal ilişkileri, ailevi durumu, sosyal ve ekonomik durumu, suç işleme saiki ve suçun işlenmesindeki özellikler	suçlunun kişiliği, pişmanlık durumu, hükümden sonraki yaşamında suç işlememeye gayret edeceği hususu, sosyal ilişkileri, ailevi durumu, sosyal ve ekonomik durumu, suç işleme saiki ve suçun işlenmesindeki özellikler	suçlunun kişiliği, pişmanlık durumu, hükümden sonraki yaşamında suç işlememeye gayret edeceği hususu, sosyal ilişkileri, ailevi durumu, sosyal ve ekonomik durumu, suç işleme saiki ve suçun işlenmesindeki özellikler
UYGULAMA	<u>Resmî yoldan özür dileme</u>	5 yıl denetim süresi; 1 yılı aşmayacak şekilde denetimli serbestlik tedbirine <u>hükmedilir</u> ve <u>tedbir süresince rehber</u>	<u>5 yıl denetim süresi; 1 ile 3 yıl arasında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilir.</u>

⁴⁶¹ Tarafımızca oluşturulan bu tabloda, özellikle dikkat çekilmek istenen hususlar, altı çizili olarak verilmiştir.

		<p><u>görevlendirilebilir.</u></p> <p>Denetimli serbestlik tedbirleri:</p> <p>“Bir meslek veya sanat sahibi olmama halinde, meslek veya sanat sahibi olmayı sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etme”, “onsekiz yaşından küçük olan sanıkların, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi”, “Bir meslek veya sanat sahibi olan sanığın, <u>gönüllü olmak koşuluyla</u>, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması”, “Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”, “Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”, “belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma” ya da “takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirme”.</p>	<p><u>tedbir süresince rehber görevlendirilebilir ve tedbirin yerine getirilmesi elektronik vasıtalarla izlenebilir.</u></p> <p>Denetimli serbestlik tedbirleri (Birden fazla yükümlülüğe birlikte hükmedilebilir):</p> <p>“Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etme”, “onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi”, “Bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlünün, <u>gönüllü olmak koşuluyla</u>, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması”, “<u>Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma</u>”, “<u>Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma</u>”, “<u>belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma</u>”, “<u>gönüllü olmak koşuluyla, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılma.</u>”</p>
OLUMLU SONUÇ	<u>Davanın düşmesi</u>	Davanın düşmesi	<p>Hapis cezası infaz edilmiş sayılır</p> <p>Belirli haklardan yoksun bırakılma, hapis cezasının süresi 1 yıldan fazla ise söz konusudur.</p>
OLUMSUZ SONUÇ	Asıl cezanın, yarısından az olmamak kaydıyla bir katına kadar miktarının, infaz edilmesine	“Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere <u>uymamakta ısrar etmesi</u> halinde,	“Denetim süresi içinde <u>kast</u> en yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere <u>uymamakta ısrar etmesi</u>

	karar verilir.	mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir”	<u>halinde</u> , ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine, <u>infaz hakimince</u> karar verilir. <u>Ancak, infaz hakimi, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen failin durumunu değerlendirerek, yükümlülüğü değiştirir.</u>
--	----------------	---	--

b. “Kademeli Yaptırım Sistemi”

(1) Genel Olarak Kademeli Yaptırım Sistemi

Mer’i cezaî yaptırım sistemimizdeki uyumsuzlukları gidermek amacıyla, “kademeli yaptırım sistemi”nin tartışılmasında fayda görüyoruz. Esasında, aşağıda ele aldığımız sistemin, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla birlikte ele alınması ve ceza adaletli sisteminin yanı başında bir onarıcı adalet sisteminin kurulmasının gereğine inanmaktayız. Aşağıda, mer’i ceza sistemimizdeki “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” ve “hapis cezasının infazının ertelenmesi” kurumlarında yapılacak değişikliklerle birlikte, sisteme bir de “onarıcı serbest bırakma” kurumunun eklenmesiyle oluşturulacak bir sisteme ilişkin önerilerimiz mevcuttur. Bu sistemde, “seçenek yaptırıma hükmetme” kurumuna benzer düzenlemeler, “onarıcı serbest bırakma, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” ve “şartlı erteleme” içerisinde yer almıştır. Aşağıdaki önerilere ilişkin olarak yapılacak değerlendirmeler, kademeli sistem bir bütün olarak göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.

Kademeli yaptırım sistemi; “onarıcı serbest bırakma”, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması”, “şartlı erteleme”, “hapis cezası veya müstakil adli para cezası” ve “idam cezası” olmak üzere beş kademedен müteşekkildir. Aşağıda, belirtilen ilk üç kademenin niteliğine, objektif ve subjektif koşullarına, uygulamasına ve sonuçlarına ilişkin öneriler sunulacaktır.

Belirtmek gerekir ki, onarıcı serbest bırakma, kademeli sistemde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir ön basamağıdır. Şöyle ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına gelindiğinde, öncelikle onarıcı serbest bırakmanın yolları araştırılır; onarıcı serbest bırakma mümkün değilse, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yolları araştırılır.

(2) Nitelik Bakımından

Kademeli yaptırım sisteminde, onarıcı serbest bırakma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları “şartlı af” niteliği taşımaktadır. Zira, her iki kurumda da, failin, kendisine yüklenenleri yerine getirmesi hâlinde, belirli haklardan yoksun bırakılması söz konusu olmadığı gibi, hakkındaki davanın da düşmesine karar verilmektedir.

Kademeli yaptırım sisteminde, “şartlı erteleme”, yürürlükteki, hapis cezasının infazının ertelenmesi sisteminde olduğu gibi, bir “ceza infaz müessesesi”dir. Hukuk düzeninde arzu edilen sonuç gerçekleştiğinde, hapis cezası infaz edilmiş sayılır. Böylece, bu usulü, “hapis cezasının toplumsal ortamda infazı”⁴⁶² olarak da adlandırmak mümkündür.

Kademeli yaptırım sisteminde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve şartlı erteleme kurumlarında, denetimli serbestlik tedbirleri kapsamında bazı “yaptırımlar” değil “yükümlülükler” yüklenmektedir.

(3) Objektif Koşullar Bakımından

Üç kademe bakımından da ortak objektif şart, mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şartıdır. Böylece, bu şart, kademeli sistemde ilk üç kademenin bir nevi anahtarı hükmündedir. Yürürlükteki sistemimizden farklı olarak, kademeli sistemde, belirtilen şart, hapis cezasının infazının ertelenebilmesi için zorunludur. Ancak, hükümlünün, çalışma yükümlülüğünü yerine getirerek bu şartı sağlamasına karar verilebilir.

⁴⁶² Kavram ve kavramın açıklaması için bkz.: Özgenç, 6. bası, ss. 614-620.

Onarıcı serbest bırakmanın bir diğer objektif şartı, mahkûmiyetin, altmış gün veya daha az süreli hapis cezası veya yüzseksen veya daha az günlük adlî para cezası veya hakaret suçuyla ilgili olarak gündeme gelen bir ceza olmasıdır. Ayrıca, mahkûmun bu kurumdan yararlanabilmesi için, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm edilmemiş olması gerekir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için, mahkûm olunan hapis cezasının üst sınırı bir yıldır, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış olanlar bakımından bu sınır iki yıldır; bu kurum bakımından adlî para cezaları açısından bir sınır söz konusu değildir. Failin bu kurumdan yararlanabilmesi için, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm edilmemiş olması gerekir. Dikkat edilirse, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından, mer'î sistemimizde hapis cezaları için öngörülen iki yıllık üst sınır, kademeli sistemde, bir yıla indirilmekte; yine, mer'î sistemimizden farklı olarak, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olanlar bakımından farklı bir üst sınır öngörülmekte, bu sınır ise iki yıl olmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun işletilebileceği hapis cezasının üst sınırına ilişkin bu değişiklik önerisi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile hapis cezasının infazının ertelenmesinin objektif koşulları bakımından mer'î sistemimizde öngörülen farklılıkların artırılması talebimizden ileri gelmektedir.

Şartlı erteleme, iki yıl veya daha az süreli hapis cezaları bakımından mümkündür; bu üst sınır, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış olanlar ve hüküm tarihinde altmışbeş yaşını doldurmuş olanlar bakımından üç yıldır. Yine, failin bu kurumdan yararlanabilmesi için, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir. Yürürlükteki sistemimizde olduğu gibi, erteleme, adlî para cezası bakımından mümkün değildir. Bu durum, ertelemenin bir infaz müessesesi olmasıyla uyum içerisindedir.

(4) Sübjektif Koşullar Bakımından

Kademeli sistemde, mahkeme, onarıcı serbest bırakmaya, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya şartlı ertelemeye karar verirken, suç-

lunun kişiliği, pişmanlık durumu, hükümden sonraki yaşamında suç işleme-
meye gayret edeceği hususu, sosyal ilişkileri, ailevi durumu, sosyal ve eko-
nomik durumu, suç işleme saiki ve suçun işlenmesindeki özellikler bakımın-
dan değerlendirmede bulunur.

(5) Uygulama Bakımından

Onarıcı serbest bırakmanın uygulaması, resmî yoldan özür dileme şek-
linde gerçekleşir. Resmî yoldan özür dileme, ilgili kişilerin huzurunda, önce-
den hazır olan metnin dile getirilmesi şeklinde gerçekleşir. Huzurda buluna-
cak kişiler, infaz hâkimi, tanıklar, mağdur, suçtan zarar gören ve toplumun
değişik kesimlerini temsil eden kişilerdir. Temsilcilere örnek olarak; belediye
başkanının, müftülüğün, kaymakamın, uygun görülecek başhekimin, esnaf ve
sanatkârlar odası başkanının görevlendirecekleri kişiler gösterilebilir. Mağdu-
run, suçtan zarar görenin ve tanıkların bu merasime katılmaları isteğe bağlı-
dır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasında, fail, beş yıllık
denetim süresine tâbi tutulur. Fail hakkında, denetim süresi içerisinde, bir yılı
aşmayacak şekilde denetimli serbestlik tedbirine hükmedilir ve tedbir süre-
since, faile rehberlik edecek uzman bir kişi görevlendirilebilir. Dikkat edilirse,
yürürlükteki sistemimizde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsa-
mında uygulanacak denetimli serbestlik tedbiri bakımından rehber görevlen-
dirme uygulaması yoktur. Yine yürürlükteki sistemimizde, denetimli serbestlik
tedbirine başvurmak zorunlu değilken, kademeli sistemde, denetimli serbest-
lik tedbiri uygulamak zorunludur.

Kademeli sistemde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamın-
da başvurulabilecek denetimli serbestlik tedbirleri bakımından da değişiklik
öngörülmektedir. Bu kapsamda başvurulabilecek denetimli serbestlik tedbirle-
ri; sanığın “bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sa-
nat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesi”,
“onsekiz yaşından küçük olması halinde, bir meslek veya sanat edinmesini
sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim ku-

rumuna devam etmesi”, “bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, gönüllü olmak koşuluyla, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması”, “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanması”, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması”, “belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınması” ve “takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesi”dir.

Kademeli sistemde, şartlı ertelemede, fail, beş yıllık bir denetim süresine tâbi tutulur; bu süre içerisinde, bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere denetimli serbestlik tedbirine hükmedilir ve tedbir süresince faile rehberlik edecek uzman bir kişi görevlendirilebilir. Dikkat edilirse, yürürlükteki sistemimizde, hapis cezasının infazının ertelenmesi kapsamında belirlenecek denetim süresi, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamalıdır; bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan cezanın süresinden az olmamalıdır (TCK, m. 51/3). Yürürlükteki sistemimizde, hapis cezasının infazının ertelenmesi kapsamında, denetimli serbestlik tedbirine başvurmak zorunlu değilken; kademeli sistemde, bu kapsamda, denetimli serbestlik tedbirine başvurmak zorunludur. Diğer taraftan, yürürlükteki sistemimizde olduğu gibi, kademeli sistemde de, bu kapsamda, bir rehber görevlendirilmesi zorunlu değildir.

Kademeli sistemde, hapis cezasının infazının ertelenmesi kapsamında başvurulabilecek denetimli serbestlik tedbirleri bakımından da değişiklik öngörülmektedir. Bu tedbirler; “bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesi”, “onsekiz yaşından küçük olan hükümlünün, bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi”, “bir meslek veya sanat sahibi olan hükümlünün, gönüllü olmak koşuluyla, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması”, “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”, “belli yerlere devam

etmek hususunda yükümlü kılınma” ve “gönüllü olmak koşuluyla, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılma”dır. Dikkat edilirse, kademeli sistemde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumları kapsamında uygulanabilecek denetim serbestlik tedbirlerinin türleri, “takdir edilecek başka yükümlülük” ve “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” dışında, ayniyet arz etmektedir.

Kademeli sistemde, şartlı ertelemede, denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi, elektronik vasıtalarla izlenebilir. Dikkat edilirse, elektronik izleme, başlı başına bir tedbir çeşidi olarak değil; bir tedbirin yerine getirilmesinin izlenme aracı olarak öngörülmektedir.

Dikkat edilmelidir ki, kademeli sistemde, şartlı ertelemede, birden fazla yükümlülüğe aynı anda hükmedilebilecektir. Gerek farklı mahkemeler tarafından verilecek kararlar arasında, gerekse aynı mahkeme tarafından farklı zamanlarda verilecek kararlar arasında istikrarın sağlanması açısından, şartlı erteleme kapsamında öngörülebilecek yükümlülüklerin hapis cezasıyla mukayesesini sağlayacak bir cetvelin, kriminolojik araştırmalar neticesinde hazırlanmasını önermekteyiz.

(6) Hukukî Sonuçlar Bakımından

i. Hukuk Düzeninde Arzu Edilen Şekilde Geçirilme Hâli

Kademeli sistemde, onarıcı serbest bırakma kurumunda, fail kendisinden bekleneni yerine getirdiğinde, davanın düşmesine ve failin serbest bırakılmasına karar verilir. Bu durumda, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma söz konusu değildir.

Kademeli sistemde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresinin, hukuk düzeninde arzu edilen şekilde geçirilmesi halinde, davanın düşmesine karar verilir. Bu durumda, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma söz konusu değildir.

Kademeli sistemde, hapis cezasının infazının ertelenmesi halinde, denetim süresinin hukuk düzeninde arzu edilen şekilde geçirilmesi halinde, ha-

pis cezası infaz edilmiş sayılır. Bu durumda, infazı ertelenmiş olan hapis cezasının süresi bir yıldan fazla ise, fail belirli haklardan yoksun bırakılır.

ii. Hukuk Düzeninde Arzu Edilmeyen Hususların Gerçekleşmesi Hâli

Kademeli sistemde, onarıcı serbest bırakma kurumunda, hukuk düzeninde arzu edilen halin gerçekleşmemesi halinde, asıl cezanın, yarısından az olmamak kaydıyla bir katına kadar miktarının, infaz edilmesine karar verilir.

Kademeli sistemde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, sanığın, “denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere **uymamakta ısrar etmesi** halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir”. Yürürlükteki sistemimizde (CMK, m. 231/11), “denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranma halinde”, yukarıdaki sonuç ortaya çıkarken; kademeli sistemde, “denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere **uymamakta ısrar edilmesi** halinde”, bu sonuç ortaya çıkmaktadır.

Kademeli sistemde, hapis cezasının infazının ertelenmesi halinde, failin **“denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uymamakta ısrar etmesi halinde, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine, infaz hâkimince karar verilir. Ancak, infaz hâkimi, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen failin durumunu değerlendirerek, yükümlülüğü değiştirir.”**

Dikkat edilirse, yürürlükteki sistemimizde, “hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etme” (TCK, m. 51/7) şartı söz konusuysen, kademeli sistemde, hâkim uyarısı şartı kaldırılmaktadır. Böylece, “uymamakta ısrar etmenin” tespitinde, örneğin, rehber kişinin uyarıları da dikkate alınabilecektir. Bu

sistemde, failin, yükümlülüklerine uymamakta ısrar etmesi halinde, infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecek cezanın miktarının belirlenmesinde, o zamana kadar yerine getirmiş olduğu yükümlülüklerin ölçüsü dikkate alınır.

Yine, kademeli sistemde, hapis cezasının infazının ertelenmesinde, yürürlükteki sistemimizden farklı olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundakine benzer şekilde, failin, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirememesi ile ilgili olarak alternatif sonuca yer verilmiştir. Buna göre, infaz hakimi, failin o zamana kadar yerine getirmiş olduğu yükümlülüklerin ölçüsü, failin nasıl bir yükümlülüğü yerine getirebileceği gibi hususları değerlendirerek, yükümlülüğü değiştirir.

Kademeli sistemde, hükmü kuran mahkeme, cezanın infazını ertelediğinde, infaz hakimi, erteleme kapsamında hükümlüyle ilgili olarak karar vermeye yetkili olmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ONARICI ADALET YAPTIRIMININ VE TOPLUM İÇERİSİNDE İNFAZ EDİLEN CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARININ TAYİNLERİ VE TÜRLERİ

I. SEÇENEK YAPTIRIMA ÇEVİRME ŞARTLARI

A. Genel Olarak

5237 sy. TCK sisteminde, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, esas itibarıyla, “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığı altında, Kanun’un 50 nci maddesinde düzenlenmiştir.

50 nci madde sisteminde, onarıcı adalet yaptırımına ve toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlara müstakil olarak başvurulamamaktadır. 50 nci maddedeki yaptırımlar, hükmedilen hapis cezasının “çevrilmesi” suretiyle uygulanırlar.

50 nci maddedeki “seçenek yaptırım” ifadesi, asıl cezanın hapis cezası olduğu düşüncesinin bir uzantısıdır. Başka bir deyişle, merkeze hapis cezası konulmuştur. Zaten, TCK’nın 45 inci maddesinde cezalar olarak sadece hapis cezası ve adli para cezası sayılmıştır. Diğer taraftan, “seçenek tedbir”in gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde hapis cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmesi (TCK m. 50/6), bu yaptırımların “seçenek” olduğunu bir kez daha teyit etmektedir. Böylece, “seçenek yaptırım” ifadesinin kullanılması, TCK’nın kendi sistemi içerisinde tutarlıdır.

Kanun koyucu, 50 nci maddede yer alan “seçenek yaptırımlar”ı, adli para cezasıyla birlikte, Kanun’daki ifadeyle “seçenek tedbirler”den oluşacak şekilde tanzim etmiştir.

50 nci maddede yer alan, adli para cezası dışındaki “seçenek yaptırımlar”, yani, Kanun’un ifadesiyle “seçenek tedbirler” beş tanedir:

1. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (m. 50/1-b).

2. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c).

3. Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d).

4. Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e).

5. Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f).

TCK'nın 50 nci maddesinde düzenlenen yaptırımlar, düzenleniş şekilleri itibarıyla, hapis cezasından daha hafif yaptırımlar olarak öngörülmüştür. 50 nci maddedeki yaptırımlara, 3 üncü fıkradaki çevirme zorunluluğu saklı kalmak üzere, suçlunun, kişilik, sosyal ve ekonomik durum, yargılama sürecinde duyulan pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler itibarıyla, tabir caizse olumlu not alması durumunda başvurulacaktır. Diğer bir anlatımla, 50 nci maddedeki seçenek yaptırımlar, mahkûm olunacak hapis cezasının muadili olarak değil, ağırlık itibarıyla hapis cezasından daha hafif olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu haliyle, yaptırımın bireyselleştirilmesi aracı olan 50 nci madde, cezanın bir bireyselleştirilme aracı olan 62 nci maddedeki takdiri indirim hükmüne benzemektedir. 62 nci maddede sayılan indirim nedenleri sınırlı tutulmamışken, 50 nci maddedeki sebepler, yukarıda belirttiğimiz hususlarla sınırlıdır. 62 nci madde, aynı ceza içerisinde bir indirim öngörürken, 50 nci madde, farklı yaptırımlara çevirmek suretiyle bir hafifletme öngörmektedir.

TCK sisteminde, seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu olan durumlara yer verilmiştir (TCK, m. 50/3). Çevirme zorunluluğu, mahkûm olunan hapis cezasına göre ve failin yaşına göre olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Failin daha önce hapis cezasını muhtevî bir mahkûmiyeti olmaması şartıyla, otuz veya daha az günlük hapis cezası, seçenek yaptırımlardan birine çevrilmek zorundadır. Yine, "fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmuş veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası" bakımından seçenek yaptırımlardan birine çevirme zorunluluğu vardır.

50 nci maddenin 2 nci fıkrasına göre, "[s]uç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına

hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.” 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki yasak ile üçüncü fıkrasındaki zorunluluğun birlikte bulunması halinde ne surette hareket edileceğine ilişkin kanaatimiz, aşağıda, “Seçenek Yaptırıma Çevirme Yasağı” başlığı altında açıklanmıştır.

TCK’da, hapis cezaları ile bunlara seçenek olarak öngörölmüş yaptırımlar bakımından “öncelik koşulu”na yer verilmemiştir.⁴⁶³ Bununla birlikte, genel olarak oranlılık ilkesinden, özeldde de TCK’nın 3 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” hükmünden ve yine, yukarıda da belirtildiği üzere, TCK’da seçenek yaptırımların, ağırlık bakımından, kendisinden çevrildiği hapis cezasının muadili olarak değil de ondan daha hafif olacak şekilde düzenlenmiş olmasından hareketle, seçenek yaptırıma başvurma imkânının bulunduğu yerde hapis cezasının ikinci dereceye gerilediği söylenebilir.

Mahkeme, hapis cezasını, TCK’nın 50 nci maddesinde belirtilen seçenek yaptırımlardan yalnızca bir tanesine çevirebilir.⁴⁶⁴

Yargıtay, hapis cezasının, evvela bir katı süreyle belirli yerlere gitmekten ve belirli faaliyeti yapmaktan yasaklanmaya, sonra da adli para cezasına çevrilerek iki defa seçenek yaptırım uygulamasını yasaya aykırı bulmuştur.⁴⁶⁵

Özgenç, güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar olarak gördüğü “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-d) ve “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e) yaptırımlarının “hapis cezasına alternatif yaptırım olarak değil”, “hapis cezasının toplumsal ortamda infazı bağlamında bir **ek yaptırım** olarak” belirlenmiş olması gerektiğini belirtmektedir: “Bu yaptırımlar madde metninde birer “seçenek yaptırım” olarak belir-

⁴⁶³ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 359.

⁴⁶⁴ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 476; Aynı yönde: Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 359.

⁴⁶⁵ 2. CD., 27.06.2006, 12468; 2. CD., 31.01.2007, 1187; Hakeri, **a.g.e.**, s. 476.

lendiği için, birine hükmedilmiş olması halinde artık değerine hükmedilme imkanı ortadan kalkmaktadır”.⁴⁶⁶

Özgenç’in önerdiği sistemde,

“mağdurun uğradığı zararı tazmin etmekle veya bir eğitim kurumuna devam etmekle ya da kamuya yararlı bir işte çalışmakla yükümlü kılınan kişi, aynı zamanda belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan veya sahibi bulunduğu izin belgesini belirli bir süre kullanmaktan ya da sahip olduğu meslek ve sanatı icra etmekten belirli bir süre yasaklanabilmelidir.”⁴⁶⁷

Böylece, alkollü olarak araç kullanan kişinin bir kazaya ve bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet vermesi halinde, taksirle yaralama suçundan (TCK, m. 89) dolayı

“mahkum edileceği hapis cezasının toplumsal ortamda infazı bağlamında, mağdurun uğradığı zararları tazminle yükümlü kılınmanın yanı sıra, güvenlik tedbiri olarak sürücü belgesini kullanmaktan ve alkol tüketiminin yapıldığı yerlere gitmekten yasaklanabilmelidir”.⁴⁶⁸

Özgenç’in, yukarıda verilen **somut örnek bakımından** suç karşılığında uygulanmasını uygun gördüğü yaptırım bütünü biz de uygun görmekteyiz. Belirtmek gerekir ki, yukarıdaki örnek bakımından, kişinin sürücü belgesinin, TCK’nın 53 üncü maddesinin altıncı fıkrası uyarınca geri alınması yolu zaten açıktır. Yukarıda önerdiğimiz “kademeli yaptırım sistemi”nde, “mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şartı”, sistemin bir nevi anahtarı hükmündedir. Böylece, kademeli sistemdekine benzer şekilde, adı geçen şartın, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi için zorunlu tutulmasının kabulü halinde, yukarıdaki somut meseleye çözüm getirilmiş olacaktır. Zira, böyle bir değişiklikte birlikte, mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi mümkün olabilecek; belirli yerlere gitmekten yasaklanma seçenek yaptırımı kapsamında, kişi alkol tüketilen yerlere gitmekten ya-

⁴⁶⁶ Özgenç, **5. bası**, s. 616. Vurgu, yazara aittir.

⁴⁶⁷ Özgenç, **5. bası**, s. 616.

⁴⁶⁸ Özgenç, **5. bası**, s. 616.

saklanabilecek; bunların yanında, TCK'da zaten mevcut olan m. 53/6 düzenlemesine göre, bir güvenlik tedbiri olarak, kişinin ehliyeti belli bir süre için geri alınabilecektir.

Diğer taraftan, yukarıdaki somut örnektekinden farklı bir üçlü yaptırım kombinasyonuna başvurmak, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesinin seçenek yaptırım uygulaması için zorunlu tutulması halinde dahi mümkün olamayabilecektir. Örneğin, kişi hakkında, eğitim kurumuna devam etme, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma ve belirli faaliyette bulunmaktan yasaklanma yaptırımlarının aynı anda tatbiki söz konusu olamayacaktır. İngiliz sisteminde ise, birden fazla yükümlülüğe aynı anda hükmetme imkânı vardır. Farklı yaptırım kombinasyonlarına hükmedilebilmesinin kabulü, oranlılık ve ceza adalet sistemi ağının genişlemesi (net widening) sorunlarıyla doğrudan ilgilidir. Şöyle ki, seçenek yaptırımların şiddetini, özellikle de farklı kombinasyon ihtimalleri söz konusu olduğunda, hesaplamak pek kolay değildir; bu hesaba yarayacak bir cetvelin yokluğunda da ülke genelinde yeknesaklığın sağlanması pek zordur. Farklı kombinasyonların tatbikin kabulü, şiddetli yaptırımların önünü açabilecektir. Diğer taraftan, bazı kombinasyonlar, hükümlüyü "ihlale zorlayacağından", hapisane nüfusunun azaltılması hedeflenirken, ihlaller neticesinde hapisane nüfusu, tek bir seçenek yaptırıma hükmedilebilen bir sisteme nazaran daha hızlı artabilecektir.

İngiltere'de, CAY 2003 ile, toplum içerisinde cezalandırma hükmü bakımından getirilen değişiklikle, evvelce farklı ceza hükümleri şeklinde verilebilen yaptırımlar, genel bir hükmün barındırdığı yükümlülükler haline getirilmiştir. Böylece, toplum içerisinde cezalandırma hükmü, yasada belirtilen yükümlülüklerden birini veya bir kaçını ihtiva eder (CAY 2003, m. 147 ve m. 177). Ashworth, bu değişikliğin, mahkemelere hem esneklik hem de –klavuzlara (guidelines) uydukları takdirde- tutarlılık sağlayacağına düşünülmesi olduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁹ Belirtilen yeni toplum içerisinde cezalandırma hükmü kapsamında, on iki farklı yükümlülüğe yer verilebilecektir. 16 ve üstü yaştaki

⁴⁶⁹ Ashworth, a.g.e., s. 4.

mahkûmlar için öngörülebiyecek bu yükümlülükler, CAY 2003 m. 177’de belirtildiği üzere, “belirli yerlere girmekten men etme (exclusion)”, “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde bulunma yükümlülüğü (curfew)”, “ikâmet mecburiyeti (residence)”, “ruh sağlığı tedavisi (mental health)”, “uyuşturucu rehabilitasyon programı (drug rehabilitation)”, “alkol tedavi programı (alcohol treatment)”, “ücretsiz çalıştırma (unpaid work)”, “akredite program (accredited programme)”, “belirli faaliyette bulunma yükümlülüğü (specified activity)”, “belirli faaliyetin yasaklanması (prohibited activity)”, “devam merkezi⁴⁷⁰ (attendance center)” ve “nezaret (supervision)”tir.

İngiltere’de, toplum içerisinde cezalandırma hükmünün elektronik izlemeyle desteklenmesi, kimi durumlarda mecburiyken kimi durumlarda takdirîdir.

İki veya daha fazla yükümlülük içeren bir toplum içerisinde cezalandırma hükmü vermeden önce, mahkeme, yükümlülüklerin davanın koşulları altında birbiriyle uyumlu olup olmadığını değerlendirmek zorundadır (CAY 2003, m. 177/6).

Toplum içerisinde cezalandırma hükmünde, bu hükümde yer alan yükümlülüklerin hüküm tarihinden itibaren en geç üç sene içerisinde bitirileceği şekilde bir bitiş tarihine yer verilir. İki veya daha çok yükümlülük öngörülmüşse, yükümlülüklerin bitirilme süresi farklılık arz edecek şekilde düzenleme yapılabilir. (CAY 2003, m. 177/5).

B. Objektif Şartlar

Türk hukukunda, seçenek yaptırımlara çevrilebilecek cezalar, genel olarak, kısa süreli hapis cezaları, yani, bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezalarıdır (TCK, m. 49/2 ve m. 50/1). TCK’nın 45 inci maddesinde düzenlenen iki cezadan birisi olan adlî para cezası, aynı zamanda, kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği bir seçenek yaptırım olarak, 50 nci maddede yer almıştır. Başka bir deyişle, TCK sisteminde, adlî para cezası, hem hapis cezasıyla

⁴⁷⁰ Bu yükümlülüğe, 25 yaşından küçük hükümlüler için başvurulabilir: CAY 2003, m. 177 (1) –(I).

birlikte seçimlik olarak hem de hapis cezasına seçenek olarak düzenlenmiştir.

Cezanın kısa süreli olup olmadığının belirlenmesinde, hükmedilen somut ceza esas alınır.⁴⁷¹ Sanığın birden fazla suçtan mahkûm olması hâlinde, bir yıllık sınırın belirlenmesinde, toplam ceza değil, her bir ceza ayrı ayrı olarak ele alınır.⁴⁷² Yargıtay'ın, mülga 647 sy. Kanun'un uygulaması bakımından görüşü de aynı doğrultudadır.⁴⁷³

TCK m. 50/4'e göre, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezalarının adlî para cezasına çevrilmesi bakımından, hapis cezasının kısa süreli olması şartı aranmamıştır. Diğer taraftan, onarıcı adalet yaptırımına ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevirme bakımından, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezalarıyla, kasıtlı suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezaları arasında, hapis cezasının süresine ilişkin bir ayırım yoktur.

Failin daha önce bir mahkûmiyetinin olmaması, Türk hukukunda, seçenek yaptırımlara çevirme bakımından genel bir objektif şart olarak düzenlenmemiştir. Ancak, "daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak", aşağıda üzerinde durulacak olan zorunlu çevirme halleri bakımından bir objektif şart olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan, failin daha önce bir mahkûmiyetinin bulunması, seçenek yaptırımlara çevirmede hâkimin takdirini etkileyebilecek bir husus olarak mütalaa edilmelidir.⁴⁷⁴

Özgenç'e göre, seçenek yaptırıma çevirme müessesesi, ancak "ilk defa suç işlemiş olan kişiler bakımından" uygulanabilmelidir. Özgenç, 50 nci maddede gerekçesindeki, "kişi, gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psişik ve ahlâkî eğilimleri itibarıyla tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir" cümlesine dayanarak, gerekçede, seçenek yaptırıma çevirme müessesesinin "tesadüfi suçlu

⁴⁷¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 594; Zafer, **a.g.e.**, s. 359.

⁴⁷² Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 594; Çınar, **a.g.e.**, s. 38; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 546.

⁴⁷³ 3. CD., 29.4.1998, 3035/4520'e ve 4. CD., 2.3.1988, 1344/1683'e atıf yapan: Çınar, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁷⁴ Özgenç'e göre, "mahkeme, kişinin daha önce işlemiş olduğu suç, bu suçun türünü, bu suçtan dolayı hükmolunan cezayı, bu cezanın seçenek yaptırımlardan birine çevrilmiş olup olmamasını, ertelenmiş olup olmamasını, "suçlunun kişiliği" bağlamında değerlendirecektir": Özgenç, **5. baskı**, s. 618. Vurgu, yazara aittir.

özelliği taşıyan kişiler bakımından öngörüldüğü[nün] ifade edil[diğini] belirtmektedir.⁴⁷⁵ Böylece, yazara göre, “mükerrirler ile, diğer özel tehlikeli suçlular olarak itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlular bakımından kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesinin önünü kanunla kapamak gerekir.”⁴⁷⁶

Kanaatimizce de, özel tehlikeli suçlular olarak, itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlular (TCK, m. 6) bakımından seçenek yaptırım olarak toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları müessesesinin yolunu kanunla kapatma fikri isabetlidir. Aşağıda inceleneceği üzere, Terörle Mücadele Kanunu’nda buna yönelik bir düzenleme mevcuttur. Ancak, bütün mükerrirleri içine alan bir yasaklamanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz. TCK’nın, işaret edilen 50 nci madde gerekçesinde, “belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olma[nın], cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabil[ceği]” kimselerden de bahsedilmiştir. Kanaatimizce, “belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmak”, mükerrirlerin bir kısmı bakımından “cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir”.

Diğer taraftan, Özgenç, 50 nci maddenin mevcut düzenlemesinde de, seçenek yaptırıma çevirme için, “[kişinin daha önce] hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması şartını aramak gerek[tiği]” şeklinde bir yorum yapmak gerektiği⁴⁷⁷, aksi takdirde, TCK’nın 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur” hükmüyle bir çelişki oluşacağı görüşündedir:

⁴⁷⁵ Özgenç, **5. bası**, s. 618.

⁴⁷⁶ Özgenç, **5. bası**, s. 618.

⁴⁷⁷ Özgenç, bu yoruma dayanak olarak, seçenek yaptırıma zorunlu çevirmeyi düzenleyen ve ön koşul olarak “daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma”ya yer veren TCK m. 50/3 hükmünün mefhumu muhalifinden varıldığını kabul ettiği sonucu sunmaktadır. Buna göre, daha önce hapis cezasına mahkûm olan bir kimsenin TCK m. 50/3 kapsamına giren hapis cezası, seçenek yaptırımlardan birine “çevrilemez”: Özgenç, **5. bası**, s. 618. Belirtmek gerekir ki, TCK m. 50/3 hükmünün mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kimsenin bu fıkra kapsamına giren hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği değil, böyle bir cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinin zorunlu olmadığıdır.

“Mükerrir kişinin bilahare işlediği bu suçtan dolayı hakkında adli para cezasına hükmedilememekle beraber, aksi yorumun kabulü halinde, mahkûm olduğu kısa süreli hapis cezası, 50. maddedeki seçenek “tedbir”lerden birine çevrilebilecektir”.⁴⁷⁸

Kanaatimizce, 58 inci maddenin üçüncü fıkrasının yukarıda belirtilen hükmüne uygun şartların gerçekleşmesi hâlinde zorunlu olarak hükmolunan hapis cezasının, sonradan, 50 nci madde uyarınca adlî para cezasına çevrilmesi, çelişkili olabilirdi. Ancak, aşağıda, “seçenek yaptırıma çevirme yasağı” başlığı altında da belirteceğimiz üzere, bu durumda adlî para cezasına çevirme, kanaatimizce, söz konusu olamaz. Zaten, Özgenç de, hapis cezasının, “seçenek “tedbir”lerden birine çevrilebilece[ğini]” ifade etmektedir. Kanaatimizce, böyle bir durumda zorunlu olarak hükmolunan hapis cezasının 50 nci maddede düzenlenen onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından birisine çevrilmesinin her halükarda çelişkili bir durum olduğundan söz edilemez. Ancak, yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemenin, daha önce işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuş veya olmamış bir mükerririn hapis cezasını 50 nci maddedeki seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme konusunda takdir yetkisi vardır.

Sanığın birden fazla kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, bu cezalar ayrı ayrı seçenek “tedbir”lere çevrilebilecektir. Ancak, aşağıda belirtileceği üzere, “diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez” (CGTİHK, m. 105/3; CİT, m. 51/6-c) hükmü gereğince, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı bakımından bir sınırlama söz konusudur. Bununla birlikte, aşağıda incelenecek zorunlu çevirme hâlleri dışında, m. 50/1’deki “çevrilebilir” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, seçenek yaptırıma çevirip çevirmeme konusunda hâkimin takdir hakkı vardır⁴⁷⁹ ve birden fazla suçtan mahkûm olan kişinin hapis cezalarını seçenek yaptırımlara çevirme bakımından da belirtilen takdir hakkı geçerlidir.

⁴⁷⁸ Özgenç, 5. bası, s. 618.

⁴⁷⁹ Özbek vd., a.g.e., s. 546.

İngiltere’de, mahkemenin, toplum içerisinde cezalandırmaya hükmedebilmesi için, öncelikle, ağırlık koşulunun gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre, suçun veya suçların böyle bir hükmün verilmesine yetecek ölçüde “ağır” olması gerekmektedir. (CAY 2003, m. 148/1).

Hüküm vasıtasıyla hürriyete getirilen sınırlamaların (restrictions), mahkemenin kanaatine göre, suçun veya suçların ağırlığıyla orantılı (commensurate) olması gerekmektedir (CAY 2003, m. 148/2-b).

Bu bağlamda hürriyete getirilecek sınırlamaların tespitinde, mahkeme, suçlunun, aynı suçla veya suçlamanın aynı olgulara (fact) veya delillere (evidence) dayandığı başka bir suçla bağlantılı olarak tutuklulukta (remand in custody) geçirmiş olduğu süreyi dikkate alabilir (CAY 2003, m. 149/1).

Devamlı surette işlenen hafif suçlarda, toplum içerisinde cezalandırmanın gerekçesi, işlenen suçların ağırlığından ziyade, devamlılık arz eden suç teşkil eden davranışlardır. Böyle durumlarda emredilecek yükümlülüklerle hürriyete getirilecek sınırlamaların suç işlemenin ağırlığıyla oranlı olması sağlanmalıdır; işlenen suçlar, kendi başlarına toplum içerisinde cezalandırmayı gerektirecek ağırlıkta değildir.⁴⁸⁰

C. Sübjektif Şartlar

TCK sisteminde, seçenek yaptırımlara çevirme bakımından dikkate alınacak ölçütler, “suçlunun kişiliği”, “suçlunun sosyal ve ekonomik durumu” “suçlunun yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” ve “suçun işlenmesindeki özellikler”dir (TCK, m. 50/1). Mülga 647 s. Kanun’un 4 üncü maddesine göre, “[a]ğır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine göre mahkemece [maddede belirtilen seçenek yaptırımlara] çevrilebilir”.

Mahkemenin, seçenek yaptırımlara çevirme hususundaki takdir yetkisinin iki boyutu vardır; mahkeme, hem hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme hususunda, hem de seçenek yaptırımlardan hangi-

⁴⁸⁰ SGC, **New Sentences...**, Sentencing Guidelines Secretariat, 2004, para. 1.1.14.

sine çevireceği hususunda takdir yetkisine sahiptir.⁴⁸¹ Özgenç'in belirttiği gibi, mahkeme, her iki boyuttaki takdir yetkisini, yukarıda belirtilen hususlara, yani, "suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere" bakarak kullanacaktır.⁴⁸² Ayrıca, Çetin'e göre, "bu kriterler, durumun gerektirdiği oranda, seçilen seçenek yaptırımın süresi, yoğunluğu vs için de kullanılmalıdır".⁴⁸³

Seçenek yaptırıma çevirme bakımından mahkemenin sahip olduğu takdir hakkı, pek tabii ki, keyfilik olarak anlaşılmalıdır; çevirme bakımından objektif şartların mevcut olması hâlinde, seçenek yaptırıma neden çevrildiği veya neden çevrilmediği konusunda yasal ve yeterli gerekçe gösterilmelidir; böyle bir gerekçenin gösterilmemiş olması bir bozma sebebidir (CMK, m. 289/1-g).⁴⁸⁴ Yani, mahkemenin seçenek yaptırıma çevirme konusundaki takdiri, Yargıtay'ın denetimine tâbidir.⁴⁸⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 647 s. Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında belirtildiği üzere;

"Anayasanın 141 ve CMUK'un 32. maddeleri uyarınca, mahkemelerin kararlarında göstermek zorunda buldukları gerekçe; akla ve mantığa dayanmalı, tarafları tatmin edici bulunmalı ve denetime olanak sağlayıcı nitelikte olmalıdır.

Sanığa tayin edilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilip çevrilmeyeceği hususunda karar verilirken gösterilen gerekçenin, **so-ruşturma aşamasında izlenen sanığın kişiliği** ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir veya suçun işlenmesindeki özellikleri açıklar biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan, **sanığın kişiliğini ve suçun işlenmesindeki özellikleri değerlendirmeyen bir gerekçeye dayanılarak** kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına veya maddedeki tedbirlerden birine

⁴⁸¹ Özgenç, **5. bası**, s. 617.

⁴⁸² Özgenç, **5. bası**, s. 617.

⁴⁸³ Çetin, **a.g.e.**, s. 184.

⁴⁸⁴ Özbek vd., **a.g.e.**, ss. 547-548.

⁴⁸⁵ Zafer, **a.g.e.**, s. 359.

çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, cezanın kişileştirilmesi ilkesine de aykırıdır ve uygulamada keyfiliğe yol açar.

Keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek ve kararları aydınlatmak için sanığın kişiliği ve suçun işlenmesindeki özellikler değerlendirilerek 647 sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanmasının gerekip, gerekmediği karara bağlanmalıdır.”⁴⁸⁶

Yücel, seçenek yaptırımlara çevirme hususunda değerlendirilecek olan ve yukarıda belirtilen dört subjektif unsur “nedeniyle hâkime referans olabilecek psiko-sosyal nitelikli bir uzman raporunun [...] sunulması gereği”ni belirtmektedir. Yücel’e göre, “[a]ksi takdirde, hâkimler anılan parametreleri biçimsel olarak tekrar etmekle yetinerek takdirlerini kullanma yolunu yeğleyeceklerdir.”⁴⁸⁷

İnce’nin belirttiği gibi, “yargılama sürecinde duyulan pişmanlık”tan yalnızca kovuşturma sürecinde duyulan pişmanlık anlaşılmalıdır:

“Failin fiilden sonra başlayıp hüküm aşamasına kadar gözlemlenen davranışları bir bütün olarak ele alınmalı ve suçlunun yaptığı eylemlerden dolayı pişmanlık duyup duymadığı sonucuna varılmalıdır”.⁴⁸⁸

Özbek de bu hususta şunları belirtmektedir: 5237 s. TCK,

“pişmanlığa yargılama sırasında da bir sonuç bağlamış olmaktadır. Gerçekten suç sonrası pişmanlık cezada indirim ya da cezasızlık sebebi oluştururken, yargılama sırasındaki pişmanlık çevirme sebebi- dir.”⁴⁸⁹

Yukarıda belirtildiği üzere, mülga 647 s. CİK’in 4 üncü maddesine göre, “[a]ğır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine göre mahkemece [maddede belirtilen seçenek yaptırımlara] çevrilebilir”. Metnin kaleme alınış tarzı,

⁴⁸⁶ CGK, 20.12.1993, 10-290/327 (YKD, Haziran 1994, s. 979 ve devamı): Özgenç, **5. bası**, s. 617.

⁴⁸⁷ Yücel, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, s. 368.

⁴⁸⁸ İnce, **a.g.e.**, s. 160.

⁴⁸⁹ Özbek, **İnfaz Hukuku**, s. 61.

“suçun işlenmesindeki özellikler” unsuru bakımından karışıklığa mahal vermektedir. Şöyle ki, belirtilen ibareyle, suçlunun “suçun işlenmesindeki özellikleri” mi; suçun “suçun işlenmesindeki özellikleri” mi yoksa “suçun işlenmesindeki özellikler” mi kastedildiği açıkça ifade edilememiştir. Yargıtay’ın aşağıda yer verilecek kararında da görüleceği üzere, ibareyi, “suçun işlenmesindeki özellikler” olarak ele aldığı kararları vardır.⁴⁹⁰ Yine, Çınar, belirtilen ibareyi “suçun işlenmesindeki özellikler” olarak ele almıştır.⁴⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre,

“Sanığın kişiliğinden ve sair hallerinden maksat; sabıkasının bulunup bulunmadığı, medeni hali, işi, muhitindeki durumu, duruşmadaki tutum ve davranışları, mahkemeye karşı tavrıdır. Bunların olumlu olup olmadıkları mahkemece belirlenerek sanığın kişiliği ve sair halleri hakkında bir yargıya varılmalıdır. Suçun işlenmesindeki özellikler ise; sanığı suç işlemeye iten sebep ve saikler, kast ve taksirdeki yoğunluk, suçun işlenmesinden sonraki davranışlarının gözetilmesidir.”⁴⁹²

Mahkeme, TCK’nın 50 nci maddesinin kapsamına giren bir hapis cezası söz konusu olduğunda, bu cezayı seçenek yaptırıma çevirme hususunu re’sen değerlendirmelidir; bu konuda bir talep şart değildir.⁴⁹³

Çınar’a göre ise,

“[k]ısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın paraya ya da önleme çevrilmesi isteğe bağlı değildir. Suçlunun istemde bulunmaması durumunda, mahkemece bu konuda bir karar verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.”⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ CGK, 2.3.2004, 8-39/56: Çınar, **a.g.e.**, s. 39; CGK, 27/6/2000, 2-136/146: Çınar, **a.g.e.**, s. 40. CGK, 9.12.2003, 4-273/285: Çınar, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁹¹ Çınar, **a.g.e.**, s. 38.

⁴⁹² CGK, 2.3.2004, 8-39/56: Çınar, **a.g.e.**, s. 39.

⁴⁹³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, (Centel, Zafer ve Çakmut, ’un özenle belirttikleri gibi, bu durum, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan uzun süreli hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesi hususunda da geçerlidir) s. 595; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 476; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 547; Zafer, **a.g.e.**, s. 359.

⁴⁹⁴ Çınar, **a.g.e.**, s. 39.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 647 sy. Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında, “maddede yer alan özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi konusunda bir istek olmasa dahi, yaptırımların kişiselleştirilmesi zorunluluğu karşısında bu husus üzerinde durulma[sı]” gerektiğini belirtmiştir.⁴⁹⁵ Centel/Zafer/Çakmut’a göre;

“cezanın bireyselleştirilmesi hakim sorumluluğundadır. Bu nedenle, hakim, talep olmasa da bireyselleştirmeye yarayan tüm kurumları neden uyguladığını veya uygulamadığını gerekçeli olarak hükümde açıklamalıdır”.⁴⁹⁶

Zafer, seçenek yaptırıma çevirme meselesini, hâkimin “cezayı bireyselleştirme sorumluluğu” kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁹⁷

Konuyla ilgili olarak tartışma konusu yapılabilecek bir diğer hususa Özbek ve diğerleri işaret etmektedir⁴⁹⁸; bir unsur, başka bir bireyselleştirme aracı olarak kullanılmış olsa dahi, seçenek yaptırıma çevirmede kullanılabilir midir? Takdiri indirim nedenlerinden buna örnek gösterilebilir. TCK m. 62/2’ye göre, “[t]akdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir”.

Özbek vd., örnek olarak, sanığın pişmanlığını göstermekte ve bunun hem takdiri hafifletici sebebin uygulanması için hem de seçenek yaptırıma çevirme için gerekçe oluşturmasına “engel bir durum [olmadığını]” belirtmektedirler.⁴⁹⁹

Kanımızca, takdiri indirim uygulaması ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının her ikisi de yaptırımın bireyselleştirilmesi aracı olmakla birlikte, farklı mahiyette kurumlardır ve tek bir vakiada aynı sebebin hem takdiri indirim sebebi hem de seçenek yaptırıma çevirmede dikkate alınan bir ölçü olarak kullanılması mümkündür.

⁴⁹⁵ CGK, 27/6/2000, 2-136/146: Çınar, **a.g.e.**, s. 40.

⁴⁹⁶ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 595.

⁴⁹⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 359.

⁴⁹⁸ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

⁴⁹⁹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

Hafizoğulları/Özen'e göre,

“50. maddede yer alan “suçun işlenmesindeki özellikler”, suçun 61. maddede sayılan özellikleri dışında kalan özelliklerdir. Zaten aksi düşünülemez; çünkü, isterse cezanın şahsileştirilmesi söz konusu olsun, bir neden iki kez değil, ancak bir kez göz önüne alınabilir”.⁵⁰⁰

Adı geçen yazarlara göre, takdiri indirim nedenlerine ilişkin madde ile seçenek yaptırımlara ilişkin maddede yer alan sebepler birbiriyle çakışmadığı hallerde iki maddenin aynı olayda uygulanması mümkündür. Başka bir deyişle, iki maddede yer alan sebep üst üste iki kez uygulanamaz. Böylece, sebep çakıştığı takdirde, mahkeme, “62. maddeyi 61. madde ile bağıntılı olarak uygulamak zorunda olduğundan (TCK, m. 61/5), artık 50. maddeyi uygulamamak zorundadır”.⁵⁰¹

İngiltere’de, hükmedilen yükümlülüğün veya yükümlülüklerin, mahkemenin kanaatine göre, suçluya en uygun yükümlülük veya yükümlülükler olması gerekmektedir (CAY 2003, m. 148/2-a).

İngiliz CAY 2003’ün 217 inci maddesinde belirtildiği üzere, mahkeme, mümkün olduğu ölçüde, hükmedilen bir yükümlülüğün, suçlunun dinî inançlarına veya ilgili herhangi başka bir hükmün yükümlülüklerine ters düşmemesini temin etmelidir. Yine, mahkeme, böyle bir yükümlülüğün, mümkün olduğu ölçüde, eğer mevcutsa suçlunun çalışma saatlerine veya okul veya başkaca eğitim kurumu saatlerine engel teşkil etmemesini sağlamalıdır. Yine, suçluyu sorumluluğu altında bulunduran görevli de görevini yerine getirirken yukarıdaki şartlara riayet etmelidir.

D. Seçenek Yaptırıma Çevirme Yasağı

647 sy. mülga CİK’in 4 üncü maddesinde, kısa süreli de olsa “ağır hapis” cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi yasaklanmaktadır.

⁵⁰⁰ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 477.

⁵⁰¹ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 477.

Öztürk/Erdem'in işaret ettikleri gibi, Yürürlük Kanunu⁵⁰²'nin 6 ncı maddesiyle, "kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezaları, "hapis" cezasına dönüştürüldüğü için, eski kanunlara göre mahkûm olunan "ağır hapis" cezaları da şartlar gerçekleştiği takdirde, 5237 sy. TCK'nın 50 nci maddesi uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir; bu bağlamda, lehe kanun uygulaması bakımından, eski kanunlara göre hükmedilen bir yıl veya daha az süreli ağır hapis cezası içeren mahkûmiyetlerin TCK m. 50 açısından gözden geçirilmesi gerekir.⁵⁰³

3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 13 üncü maddesine göre, bu Kanun'un kapsamına giren suçlarla ilgili olarak yetişkinler hakkında verilen hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilemez. TMK kapsamına giren suçlardan dolayı verilen hapis cezaları bakımından seçenek yaptırıma çevirme yasağı, 18/7/2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5532 sayılı Kanunla⁵⁰⁴ getirilmiştir. Yine, 1/3/2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5739 sayılı Kanunla⁵⁰⁵, TMK'nın 13 üncü maddesi, başlığıyla birlikte değiştirilerek şu hale getirilmiştir:

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı

MADDE 13- Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz."⁵⁰⁶

⁵⁰² 4.11. 2004 tarihli ve 5252 sayılı, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun.

⁵⁰³ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 363.

⁵⁰⁴ 18/7/2006 tarihli ve 26232 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan 29/6/2006 tarihli ve 5532 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesi.

⁵⁰⁵ 1/3/2008 tarihli ve 26803 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan 26/2/2008 tarihli ve 5739 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesi.

⁵⁰⁶ Bkz.: Cumhuriyet Şahin, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)**, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, ss. 909 ve 915.

22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesiyle bu fıkrada yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, TMK m. 13' ün, başlığıyla birlikte son hali şu şekildedir:

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı"

Madde 13- Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler çocuklar hakkında uygulanmaz."

TCK'nın 5 inci maddesine göre, "bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır". Böylece, TCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenen seçenek yaptırıma çevirme müessesesine ilişkin kurallar, "özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır".⁵⁰⁷ Diğer taraftan, TCK'nın 5 inci maddesi, bir kanun hükmü olmakla, başka bir deyişle, diğer kanun hükümleriyle eşit kuvvete sahip olmakla, kendisinden sonra yürürlüğe girecek bir kanun hükmüyle geçersiz kılınma ihtimali söz konusudur.⁵⁰⁸ 18/5/2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5349 sayılı Kanunun⁵⁰⁹ 6 ncı maddesiyle 4.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'na⁵¹⁰ Geçici 1 inci madde eklenmiştir: "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır". Ancak, 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi ile bu maddede yer alan 31 Aralık 2006 tarihi 31 Aralık 2008 olarak değiştirilmiştir.⁵¹¹

⁵⁰⁷ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 498; Özbek vd., **a.g.e.**, ss. 550-551.

⁵⁰⁸ Bkz.: Özgenç, **6. Bası**, s. 93.

⁵⁰⁹ 11/5/2005'te kabul edilen ve 18/5/2005 tarihli ve 25819 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5349 sayılı Kanun.

⁵¹⁰ Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun.

⁵¹¹ Bu değişiklikler ve TCK'nın 5 inci maddesi ile ilgili başka açıklamalar için bkz.: Şahin, Özgenç, Sözüer, **a.g.e.**, ss. 120-124.

Konuyla ilgili olarak, Özbek vd., “1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe giren TCK m. 5 karşısında 2008 Mart ayında yürürlüğe giren söz konusu düzenlemenin bir anlamı kalmadığını düşün”mektedirler.⁵¹² Belirtmemiz gerekir ki, TCK’nın 5 inci maddesinin yürürlüğe giriş tarihi, TCK’nın diğer maddelerinin yürürlüğe giriş tarihi gibi, 1 Haziran 2005’tir. Ancak, 5 inci maddede yer alan hükmün **uygulanma** tarihi açısından, “TCK’nın Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümler” ihtiva eden kanunlar bakımından bir istisna getirilmiştir.

Seçenek yaptırıma çevirme yasağıyla ilgili bir diğer mesele, Askeri Ceza Kanunu’yla ilgilidir. Mülga, 647 sy. CİK’in 4 üncü maddesinin son fıkrası, “bu madde hükümleri sırf askeri suçlar ile askeri disiplin suçları ve birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bendi hükümleri de subaylar, askeri memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz” şeklindedir. Belirtilen 3. bentte “altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etme”; 4. bentte ise, “bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men” yaptırımları yer alır. 5237 s. TCK’nın seçenek yaptırımlara ilişkin düzenlemelerinde böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Ancak, Askeri Ceza Kanunu’na, 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5329 sayılı Kanun’un⁵¹³ 1 inci maddesiyle eklenen Ek 8 inci maddeye göre,

“Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz [...] Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, askerî ve adliye mahkemelerince verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemez”.

⁵¹² Özbek vd., a.g.e., s. 550.

⁵¹³ 6/4/2005 tarihli ve 25778 numaralı Resmi Gazete’de yayımlanan, Kanun’un 3 üncü maddesine göre 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren, 31/3/2005 tarihli ve 5329 sayılı Kanun.

Böylece, bu bağlamda, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c), “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) yaptırımlarına çevirme yasaklanmaktadır.

Özbek ve diğerlerine göre, TCK'nın 5 inci maddesi, 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir; dolayısıyla, Askeri Ceza Kanunu'ndaki düzenleme TCK'nın 5 inci maddesinin uygulaması açısından bir istisna teşkil etmemektedir.⁵¹⁴ Kanaatimizce, yukarıda belirtildiği üzere, TCK'nın 5 inci maddesinin yürürlük tarihi 1 Ocak 2009 değildir ve Askeri Ceza Kanununun yukarıdaki düzenlemesi, TCK'nın 5 inci maddesine istisna teşkil etmektedir.

Yine, 5329 s. Kanun'un 2 nci maddesiyle 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 63 üncü maddesine eklenen fıkraya göre,

“Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölüm hükümleri ve zamanaşımı süresine ilişkin hükümleri ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri, disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz”.

26/2/2008 tarihli ve 5739 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle, belirtilen 63 üncü maddenin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

“Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölüm hükümleri ve zamanaşımı süresine ilişkin hükümleri, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri, disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz”.

Bu değişiklik, 1/3/2008'de yürürlüğe girmiştir.

⁵¹⁴ Özbek vd., a.g.e., ss. 550-551.

3628 s. Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 16 ncı maddesinde, “para veya tedbire” çevirme yasağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Ancak bu yasağın, yukarıda açıklanan sebeplerle, 5252 s. Kanunun Geçici 1 inci maddesi uyarınca 1 Ocak 2009'dan itibaren yürürlükten kalkmıştır.

Seçenek yaptırımlara çevirme yasağı getiren bir diğer hüküm, CMK'nın 231/7 inci maddesinde yer almaktadır: “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez”.⁵¹⁵

TCK m. 50/2'de, suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adlî para cezasına çevrilemeyeceği belirtilmiştir.⁵¹⁶ Zafer, “adli para cezasına hükmetme imkânı varken hakimin hapis cezasını tercih etmesinin bireyselleştirme açısından bir anlamı olma[sı gerektiği]”ni belirtir.⁵¹⁷ Onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, bu yasağın kapsamı içerisinde değildir. Zaten, yürürlükteki mevzuatımızda, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, başka herhangi bir cezayla seçimlik olarak, suç tanımının bulunduğu maddede düzenlenmiş değildir. 647 sy. mülga İnfaz Kanunu'nda böyle bir yasağa yer verilmemiştir. Ancak, 4.2.1974 tarihli ve 3/5 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre, para cezasına çevirme olanağı varken kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiş olması, bu cezanın bilahare para cezasına veya 647

⁵¹⁵ İnce'ye göre, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile hakim koşulların varlığı halinde hakim zaten sanığa takdir hakkını kullanarak cezayı şahsileştirmiştir. Sanığa daha fazla hak verilmesi, cezanın şahsileştirilmeye çalışılması sırasında cezanın etkisini kaybetmesine de yol açabilir. Bu nedenle böyle bir sınırlama getirilmesi çok yerinde bir düzenlemedir.”: İnce, **a.g.e.**, s. 167.

⁵¹⁶ Özgenç'e göre, “suç tanımlarında esas itibarıyla hapis cezası ile adli para cezası seçimlik cezalar olarak belirlendiği için, kanunda ayrıca kısa süreli hapis cezasının “seçenek yaptırım” olarak adli para cezasına çevrilebilmesine dair düzenlemeye yer verilmesine gerek bulunmamaktadır.”: Özgenç, **5. bası**, s. 613.

⁵¹⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 360.

sy. yasanın 4 üncü maddesindeki “tedbir”lere çevrilmesine engel teşkil etmemektedir.⁵¹⁸

Seçenek yaptırıma zorunlu çevirme düzenlemesinin, suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adlî para cezasına çevrilemeyeceği yasağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışma konusu yapılmıştır.⁵¹⁹ Yukarıda belirtildiği üzere, “seçenek yaptırım” ifadesi, 50 nci maddede “seçenek tedbirler” adı altında düzenlenen onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarıyla birlikte, adli para cezasını da kapsamaktadır. Kanaatimizce, Koca/Üzülmez’in isabetle belirttiği gibi, Kanun koyucu’nun açıkça sınırlama getiren bu özel düzenlemesiyle, seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu bulunan bir hâl ile ikinci fıkradaki hâlin birlikte gerçekleşmesi durumunda, adlî para cezasına çevirme yasağı geçerliliğini koruyacak ancak hapis cezası, “seçenek tedbirler”den birine çevrilmek zorunda olacaktır.⁵²⁰

Çınar, TCK’nın 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre “tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, [zorunlu olarak] hapis cezasına hükmolun[ması]” ve zorunlu olarak hükmolunan bu hapis cezasının kısa süreli olması hâlinde adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevirmenin imkânı meselesine dikkat çekmektedir.⁵²¹ Çınar’a göre, bu durumda mahkemenin hapis cezasıyla adli para cezasından birisini “seçme özgürlüğü”, “adli para cezasını seçme olanağı” bulunmadığı; “ceza yasasının 50. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullar söz konusu olmadığı için “adli para cezasına çevrilemez” hükmü uygulanmaz”; böyle bir durumda hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza “adli para cezası ya da önlemlerden birine çevrilebilir.

⁵¹⁸ Çınar, **a.g.e.**, ss. 46-47. Çınar, belirtilen içtihadı birleştirme kararı için, Dilaver Aygen, **Açıklamalı İçtihatlı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun**, Ankara, 2002, s. 49’a gönderme yapıyor.

⁵¹⁹ Bkz.: Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 500.

⁵²⁰ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 500.

⁵²¹ Çınar, **a.g.e.**, s. 46.

Ancak, mahkeme; başkaca koşulları, tekerrür durumunu değerlendirerek para ya da önleme çevirmeyebilir”.⁵²²

Kanaatimizce, mahkemenin, Çınar’ın ifadeleriyle “seçme olanağı” ya da “seçme özgürlüğü” bulunmayan bu durumda da, TCK’nın 50/2 nci maddesindeki “suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez” hükmü geçerliliğini muhafaza etmektedir. Başka bir ifadeyle, “suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü” ancak mahkemenin seçme imkânı olmayan bu durumda da “hapis cezasına hükmedilm[ekte]”dir. Buradaki fark, hapis cezasına hükmedilmesine yönelik iradenin baştan Kanun koyucu tarafından ortaya konulmuş olmasıdır. Bu durumda zorunlu olarak hükmedilen kısa süreli hapis cezasının 50 nci maddedeki onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından birisine çevrilmesine ise bir engel gözükmemektedir. Ancak, Çınar’ın da işaret ettiği gibi⁵²³, mahkemenin çevirme konusundaki takdir yetkisi devam etmektedir.

İngiliz Ceza Adaleti Yasası’nın 150 nci maddesinde belirtildiği üzere, aşağıdaki suçlar bakımından toplum içerisinde cezalandırmaya hükmetmek mümkün değildir.

1- Söz konusu suçun cezası hukuken tespit edilmişse/sabitleştirilmişse (fixed by law) toplum içerisinde cezalandırma yoluna başvurulamaz.

2- Belirli ateşli silâh suçları bakımından hapis cezası verme mecburiyeti söz konusudur.

3- 18 ve üstü yaştaki suçlular tarafından tekerrür hâlinde işlenmiş belirli suçlar bakımından hapis cezası verme mecburiyeti söz konusudur.

4- Toplum açısından riskli suçlular tarafından işlenmiş belirli suçlar bakımından hapis cezası verme mecburiyeti söz konusudur.

⁵²² Çınar, a.g.e., s. 46.

⁵²³ Bkz.: Çınar, a.g.e., s. 46.

E. Seçenek Yaptırıma Çevirme Zorunluluğu

1. Genel Şart: Daha Önce Hapis Cezasına Mahkûm Edilmemiş Olmak

Türk ceza sisteminde, failin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması genel koşuluyla, iki halde, mahkûm olunan kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu bulunmaktadır. Birincisi, “mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezasının” seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak çevrilmesidir. İkincisi, “fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği” kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak çevrilmesidir. (TCK, m. 50/3).

Belirtmek gerekir ki, bu hâllerde, mahkemenin, hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirme konusunda zorunluluğu var ise de, çevireceği seçenek yaptırımı seçme konusundaki takdir yetkisi devam etmektedir.⁵²⁴

Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak, yukarıda belirtildiği gibi, seçenek yaptırımlara zorunlu çevirmenin genel koşuludur. Başka bir deyişle, bu şart, hem otuz gün veya daha az süreli hapis cezasının söz konusu olduğu haller için, hem de onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olanlar için geçerlidir. Böylece, Yargıtay’ın, mülga 647 sy. Kanun’la ilgili olarak ve kanaatimizce bu Kanuna da aykırı olarak vermiş olduğu karara⁵²⁵ dayanılarak ileri sürülen “suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamayanların geçmişte hükümlülükleri (mahkumiyetleri) bulunması durumunda da kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarının para ya da tedbire çevrilmesi zorunludur”⁵²⁶ görüşüne katılmamaktayız.

⁵²⁴ Özgenç, **5. bası**, s. 619.

⁵²⁵ 5. CD., 29.1.2004, 4387/454: Haydar Erol, **Yeni Türk Ceza Kanunu**, Ankara, s. 262’ye atfen: Çınar, **a.g.e.**, s. 44, dn. 83. Çınar, Yargıtay’ın bu görüşüne itiraz etmemektedir: Çınar, **a.g.e.**, s. 44.

⁵²⁶ İnce, **a.g.e.**, s. 164.

Daha önce mahkûm edilmemiş olunması gereken ceza, hapis cezasıdır. Öncelikle, buradaki mahkûm edilmemiş olmaktan anlaşılması gereken, mahkûmiyeti kesinleşmemiş olmaktır.⁵²⁷ Kişinin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olduğu ise, adlî sicil kayıtlarına göre belirlenir.⁵²⁸

Daha önce mahkûm olunan cezanın adlî para cezası olması, seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.⁵²⁹ Daha önce hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olmak da belirtilen zorunluluğu ortadan kaldırmaz.⁵³⁰ Yine, TCK'nın 50/5 inci maddesine göre, "uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbir [olduğuna]" göre, hakkında daha önce hükmedilen hapis cezası TCK m. 50'deki seçenek yaptırımlardan birine çevrilen kişinin mahkûmiyeti, bilâhare gündeme gelecek çevirme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.⁵³¹ Ancak, daha önce mahkûm edildiği hapis cezası, 50 nci maddede düzenlenen onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza huku-ku yaptırımlarından birine, 50 nci maddedeki ifadeyle "seçenek tedbir"lerden birine çevrilmiş, fakat hükümlü tarafından bu yaptırım yerine getirilmemiş olursa; uygulamada asıl mahkûmiyet olarak hapis cezası kabul edileceğinden (TCK, m. 50/5,6), böyle bir durumda, bilahare işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının TCK m. 50/3 uyarınca seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğundan bahsedilemez.

Diğer taraftan, daha önce mahkûm olunan hapis cezasının ertelenmiş ve denetim süresinin yükümlülöklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirilmiş olması halinde, mahkûm olunan hapis cezası infaz edilmiş sayılacağından (TCK, m. 51/8), bilâhare mahkûm olunacak bir hapis cezası bakımından zorunlu çevirme söz konusu olmayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, 765 sy. TCK sisteminde ertelenmiş hapis cezasıyla ilgili olarak, denetim süresinin yüküm-

⁵²⁷ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

⁵²⁸ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 549; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 362.

⁵²⁹ Bkz.: Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, ss. 499-500; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

⁵³⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

⁵³¹ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 596; Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, ss. 499-500; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 549. Bkz.: Çınar, **a.g.e.**, s. 43.

lülüklere uygun şekilde geçirilmesi halinde, “mahkûmiyet esasen vâki olmamış sayıl”acağından, böyle bir mahkûmiyetin varlığı, zorunlu çevirmeye engel teşkil etmeyecektir. Benzer durum, yeni ceza adalet sistemimizdeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu açısından da geçerlidir: “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir” (CMK, m. 231/10). Bu konudaki asıl sorunun, denetim süresinin henüz bitmediği durumlarla ilgili olduğuna işaret eden Özbek ve diğerleri, isabetli olarak, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmanın, daha önce hapis cezası kesinleşmemiş olmak şeklinde anlaşılması gerektiğinden, denetim süresi devam etmekte olan kişi bakımından çevirme zorunluluğunun ortadan kalkmayacağını ifade etmektedirler.⁵³² Bu görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen bir davanın denetim süresi boyunca derdest olmaya devam ettiğinin kabul edilmesiyle ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişinin “mahkûm” değil “sanık” olarak nitelendirilmesiyle uyum içerisindedir.⁵³³

Seçenek yaptırıma zorunlu çevirme düzenlemesinin, suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu cezanın artık adlî para cezasına çevrilemeyeceği yasağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı, yukarıda, “Seçenek Yaptırıma Çevirme Yasağı” başlığı altında tartışılmıştır.⁵³⁴

2. Mahkûm Olunan Hapis Cezasına Göre Zorunlu Çevirme

Mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezasının, mahkûmun daha önceden hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması koşuluyla, seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur (TCK, m. 50/3).

⁵³² Özbek vd., **a.g.e.**, s. 548.

⁵³³ Bkz.: CMK, m. 231. Özgenç de, bu durumda, davanın devam ettiğini, kişinin hala sanık olduğunu belirtir: Özgenç, **6. bası**, s. 598.

⁵³⁴ Bu konu hakkında bkz.: Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 500 ve aynı sayfadaki Yargıtay kararı.

3. Yaşa Bağlı Olarak Zorunlu Çevirme

TCK m. 50/3'e göre, "fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği" kısa süreli hapis cezası, zorunlu olarak, seçenek yaptırımlardan birine çevrilir. Altmışbeş yaşını bitirmiş olanlar bakımından zorunlu çevirme, mülga 647 sy. Kanun uygulamasında yoktur.

Burada tartışılması gereken bir husus, "altmışbeş yaşını bitirmiş bulunma" bakımından esas alınacak tarihin, fiilin işlendiği tarih mi, hükmün verildiği tarih mi yoksa hükmün kesinleştiği tarih mi olarak kabul edilmesi gerektiğidir. Özbek ve diğerlerine göre, bu bakımdan esas alınması gereken tarih, fiilin işlendiği tarihtir.⁵³⁵ Özgenç'e göre, bu bakımdan esas alınacak tarih, "hükmün kurulduğu tarih"tir.⁵³⁶ İnce'ye göre ise, "65 yaşının aranması, hükmün **kesinleşme tarihi** itibariyle olmalıdır".⁵³⁷ Kanaatimizce, mevcut düzenlememiz bakımından, kişinin altmışbeş yaşını bitirmiş olmasına esas alınacak tarih olarak hükmün kurulduğu tarih esas alınmalıdır. Zira, buradaki zorunlu çevirme, yaşın ilerlemiş olmasının suç teşkil eden fiil üzerindeki etkilerinden çok, yaptırımın infazının kişi üzerindeki tesirine olan etkileri sebebiyledir. Başka bir deyişle, Kanun koyucu, yaşı bu denli ilerlemiş olan kimseler bakımından hapis-haneye girme yönünden bir fark oluşturmak istemiş olsa gerektir. Böylece, bu husus, esas olarak infazla ilgilidir ve teorik olarak, esas alınacak tarih bakımından, hükmün kesinleşme tarihi daha uygundur. Ancak, zorunlu çevirmeye karar verecek olan ilk derece mahkemesinden hükmün kesinleşme tarihini öngörmesi beklenemeyeceğinden, bu tarihin, ilk derece mahkemesinde hükmün kurulduğu tarih olarak yorumlanması taraftarıyız.

⁵³⁵ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 549.

⁵³⁶ Özgenç, **5. bası**, s. 619.

⁵³⁷ İnce, **a.g.e.**, ss. 163-164. Vurgu, tarafımıza aittir.

F. İngiltere ve Galler’de Yaptırımın Belirlenmesi

“Ara yaptırımlar”la ve bu arada hapis cezasına seçenek yaptırımlarla ilgili en önemli sorunlardan birisi, yaptırımların birbiriyle mukayesesini açıkça sağlayacak “çevirme değerleri”nin eksikliği ve bu eksiklikle bağlantılı olarak, belirli yaptırımların öncelikle uygulanacağı alanların tespiti konusundaki politikadaki yetersizliktir.⁵³⁸

Ceza İşleri Klavuzları Konseyi’ne göre, yükümlülüğün türünün ve şiddetinin belirlenmesinde rehberlik edecek hususlar şöylece sıralanabilir⁵³⁹:

- 1- Suçun ağırlığına ilişkin değerlendirme (düşük, orta veya yüksek);
- 2- Mahkemenin cezalandırmayla ulaşmak istediği amaç(lar);
- 3- Tekrar suç işleme riski;
- 4- Yükümlülüğün gereklerini yerine getirebilme bakımından suçlunun potansiyeli;
- 5- Yükümlülüklerin yerel bölgede infazına uygun alt yapının mevcudiyeti.

1. Yaptırım Türünün Belirlenmesi

Toplum içerisinde cezalandırmada rehber ilkeler, oranlılık ve uygunluktur. Mahkemenin, suçun, toplum içerisinde cezalandırma eşiğini geçtiğine ve bir toplum içerisinde cezalandırma hükmünün verilmesinin haklı olduğuna karar vermesinden sonra, bu hüküm içerisinde hangi yükümlülüklere yer verileceğini belirlerken dikkate alacağı ilk faktör, işlenen suçun ağırlığı olmalıdır.⁵⁴⁰

Normal şartlar altında hapis cezasının uygulanamayacağı bir suç veya suçlar için toplum içerisinde cezalandırma hükmü verilirken çok dikkat edil-

⁵³⁸ Albrecht, Kalmthout, “Intermediate Penalties...”, s. 11.

⁵³⁹ Sentencing Guidelines Council (SGC), **New Sentences: Criminal Justice Act 2003 Guideline**, Sentencing Guidelines Secretariat, 2004, para. 1.1.23.

⁵⁴⁰ SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.13.

melidir; zira, toplum içerisinde cezalandırma hükmünün ihlâli neticesinde hapis cezasına yol açılabilecektir.⁵⁴¹

Mahkeme, önce, uygun koşullar varsa Denetimli Serbestlik İdaresinin de görüşünü alarak, bir toplum içerisinde cezalandırma hükmünün uygun olduğuna karar verir. İkinci olarak, bu hükümle hangi yükümlülükleri emredeceğine karar verir.⁵⁴² Hangi yükümlülüklerin öngörüüleceğinin belirlenmesinde, mahkemenin bakacağı ilk şey ise, işlenmiş olan suçun ağırlığıdır.⁵⁴³ “Ağırlık”, mahkemenin, toplum içerisinde cezalandırma alanında, düşük, orta veya yüksek ölçeği seçmesinde önemli bir faktördür, ancak, bu seçim yapıldıktan sonra seçilen ölçeğin içerisinde hükmün içeriğinin seçimi çok daha çeşitli faktörler tarafından belirlenecektir.⁵⁴⁴ Böylece, ağırlığa uygun bir ölçek içerisinde hareket ederken mahkeme, suçlunun tekrar suç işleme veya daha fazla zarara sebep olma riskini artıran faktörleri, bu riski azaltma gayesiyle lâıyıkıyla değerlendirmelidir. Bu yükümlülüklerin suçlunun özgürlüğünü kısıtlama, toplum içerisinde cezalandırma, suçlunun rehabilitasyonu ve/veya suçlunun onarıcı faaliyetlerde bulunmasını sağlamak etkileri olacaktır. Hangi yükümlülüklerin öngörüüleceği; “içeride” geçirilmiş zaman varsa bunun ne şekilde hesaba katılacağı ve ihlâl halinde nasıl çözüleceği, kilit meselelerdir.⁵⁴⁵

2. Yaptırımın Şiddetinin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Ceza hükmü verilirken, yükümlülüklerin ihlâli ihtimali kesin olarak göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁴⁶ Bu kural, aslında, toplum içerisinde cezalandırma hükmünün genel şartlarıyla bağlantılıdır. Bir başka deyişle, uygunluk, orantılılık, uyumluluk ve dini inançlara, çalışma ve eğitim şartlarına aykırı

⁵⁴¹ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.10.

⁵⁴² SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.11.

⁵⁴³ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.13.

⁵⁴⁴ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.14.

⁵⁴⁵ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.11.

⁵⁴⁶ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.13.

düşmeme koşullarından birisiyle uyum göstermeyen bir hükmün ihlâl edilme ihtimalinin bu koşullara uygun bir hükmün ihlâl edilme ihtimalinden daha kuvvetli olduğu söylenebilir.

Mahkeme, suçun ağırlığını aksettirmek istiyorsa, toplum içerisinde cezalandırma hükmünde, suçlunun yeterince çabasını gerektirmeyen yükümlülükler yer verilmesinin pek kıymeti yoktur. Diğer taraftan, “suçlunun yerine getirememesi için tuzak kuran” ve neredeyse kaçınılmaz biçimde, ihlâl halinde uygulanan yaptırımlara yol açacak yükümlülükler yer verilmesinde de aynı şekilde pek kıymet yoktur.⁵⁴⁷

Pek tabî ki, cezalandırma ölçeklerinin/aralıklarının; suçluya uygunluğu, suçlunun belirli yükümlülükleri yerine getirebilme kapasitesini/yeteneğini ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine uygun alt yapının yerel bölgede mevcudiyetini dikkate almaya yetecek ölçüde esnek tutulması gerekmektedir.⁵⁴⁸

b. Şiddetine Göre Yaptırım Aralıkları

İngiltere’de, Ceza İşleri Klavuzları Konseyi tarafından, toplum içerisinde cezalandırma alanında üç ağırlık aralığı (range) tavsiye edilmiştir. Konsey; düşük, orta ve yüksek olmak üzere üç ölçek önermiştir. Bu ölçeklerin, suçun ağırlığını yansıtmaya bakımından istikrara hizmet ederken aynı zamanda uygunluk ve uyumluluğu sağlamak için gerekli olan esnekliği de sağladığı belirtilmiştir.⁵⁴⁹

(1) Düşük Ölçekli Yaptırımlar

Toplum içerisinde cezalandırma eşiğini az geçen suçlarda, suçun ağırlığının veya suçlunun sicilinin keyfiyetinin (nature) serbest bırakmaya veya para cezasına uygun olmadığı durumlar bakımından geçerli olan ölçektir. Konsey, bu ölçekte cezalandırılacak suçlara örnek olarak, devamlı işle-

⁵⁴⁷ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.13.

⁵⁴⁸ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.14.

⁵⁴⁹ *Archbold Magistrates’ Courts Criminal Practice 2009*, Thomson Sweet & Maxwell London Sweet & Maxwell 2008, Ed.: Barbara Barnes ve bir uzman editörler takımı, s. 1355.

nen hafif suçları, bazı kamu düzeni suçlarını, bazı dükkân hırsızlıklarını ve motorlu araç ihlallerini (interference) vermektedir.⁵⁵⁰

Bu ölçekteki yükümlülükler örnek olarak ise aşağıdakiler verilmektedir⁵⁵¹:

1- 40 saatten 80 saate kadar ücretsiz çalışma yükümlülüğü;

2- En düşük ölçekte (örneğin, günlük oniki saate kadar olmak üzere birkaç hafta sürecek) bir “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde bulunma yükümlülüğü”;

3- Birkaç aylık “belirli yerlere girmekten men etme” (“exclusion”) yükümlülüğü (ancak davanın şartlarının bu seçeneğin elektronik izleme olmaksızın uygulanmasının uygun olduğunu göstermesi gerekir);

4- “Belirli faaliyetin yasaklanması”;

5- (Alt yapının mevcut olması hâlinde) “devam merkezi” yükümlülüğü.

(2) Orta Ölçekli Yaptırımlar

Bu ölçek, toplum içerisinde cezalandırma alanına açıkça giren suçlar içindir. Ceza İşleri Klavuzları Konseyi, bu suçlara örnek olarak, 1000 Sterlin-den az değerdeki “[çalınmış eşyayı] bulundurma (handling [stolen goods]) suçu”nu, biraz daha değerli olmakla birlikte kullanıcının kendi kullanımı için edinilmiş olan eşyayı idaresinde “bulundurma suçu”nu, ticarî yerlerde yapılan bazı soygun suçlarını, bazı “motorlu aracı rızasız alma” suçlarını ve bazı hileyle mal edinme suçlarını vermektedir.⁵⁵²

Bu ölçekteki yükümlülükler örnek olarak ise aşağıdakiler verilmektedir⁵⁵³:

1- 80 saatten 150 saate kadar ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü;

2- Orta ölçekte (20 günden 30 güne kadar) bir “belirli faaliyette bulunma yükümlülüğü” (“activity requirement”)

⁵⁵⁰ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.25.

⁵⁵¹ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.26.

⁵⁵² SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.28.

⁵⁵³ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.29.

3- Orta ölçekte (örneğin günlük 12 saate kadar olmak üzere 2-3 aylık) bir “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde bulunma yükümlülüğü”

4- (Altı aya kadar) “belirli yerlere girmekten men etme”

5- Belirli faaliyetin yasaklanması

(3) Yüksek Ölçekli Yaptırımlar

Bu ölçek, hapsedme eşiğinin biraz altında kalan veya hapsedme eşiği aşılmış olmasına rağmen bütün şartlar değerlendirildiğinde bir toplum içerisinde cezalandırma hükmünün hapisten daha uygun görüldüğü suçlar, örneğin, bazı durumlarda, daha önce suç işlememiş bir kimse tarafından işlenen bir ev soygunu içindir.⁵⁵⁴

Bu ölçekte, iki veya daha fazla yükümlülüğü bir araya getiren daha şiddetli cezalar uygunluk arz edebilir. Bu ölçekteki yükümlülükler örnek olarak aşağıdakiler verilmektedir⁵⁵⁵:

1- 150 saatten 300 saate kadar ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü;

2- En fazla 60 günlük bir “belirli faaliyette bulunma yükümlülüğü”;

3- (Oniki aya kadar) belirli yerlere girmekten men etme;

4- Günlük 12 saate kadar olmak üzere, 4 aydan 6 aya kadar sürecek bir “belirli zamanlarda belirli yerde bulunma yükümlülüğü”.

⁵⁵⁴ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.31.

⁵⁵⁵ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.32.

II. SEÇENEK YAPTIRIM HÜKMÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

TCK m. 50/5'e göre, "uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir".

A. Yaptırımın Koşullarına Uygun Davranılması Halinde Hukukî Sonuçlar

TCK m. 50/5'e göre, "uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir". Bu hüküm, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53), erteleme, tekerrür ve seçenek yaptırıma zorunlu çevirme bakımından ehemmiyet arz eder.⁵⁵⁶

Seçenek yaptırıma çevirmenin, hapis cezasının infazının ertelenmesi yönünden sonuçları iki bakımdan incelenebilir.

Öncelikle, mülga 647 sy. Kanun'un 6 ncı maddesinde yer alan ve hem hapis cezalarının hem de para cezalarının ertelenebileceğine dair olan düzenlemenin tersine, 5237 sy. TCK'nın 51 inci maddesine göre, infazın ertelenmesi, yalnızca hapis cezaları bakımından kabul edilmiştir. Böylece, mahkûm olduğu hapis cezası, TCK'nın 50 nci maddesi uyarınca adli para cezasına, onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza huku-ku yaptırımlarına çevrilen kimsenin bu mahkûmiyetinin infazı bakımından erteleme kurumu işletilemeyecektir.⁵⁵⁷

Böylece, hem seçenek yaptırıma çevirmek hem de ertelemek yetkisine sahip olmayan mahkemenin, kısa süreli hapis cezası söz konusu olduğunda, erteleme kararı vererek kişiye yükümlülük yüklemek veya hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirmek yollarından birisini seçmesi mümkündür.⁵⁵⁸

Diğer taraftan, hapis cezasının infazının ertelenebilmesi için, "kişinin[, ... d]aha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması" gerekmektedir (TCK, m. 51/1). Böylece, kişinin daha

⁵⁵⁶ Bkz.: Çınar, **a.g.e.**, s. 55; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 478; TCK m. 50 gerekçesi.

⁵⁵⁷ Özgenç, **5. bası**, s. 613. Ayrıca bkz.: Çetin, **a.g.e.**, s. 79.

⁵⁵⁸ Bkz.: Çetin, **a.g.e.**, ss. 78-79.

önce işlemiş olduğu bir suçtan dolayı mahkûm edildiği hapis cezasının seçeneğe yaptırıma çevrilmiş olması durumunda, bu mahkûmiyet, kişinin bilâhare işlemiş olduğu suç nedeniyle mahkûm edildiği hapis cezasının infazının ertelenmesine engel teşkil etmeyecektir. Bu durum, seçeneğe yaptırıma çevrilen hapis cezasının üç aydan uzun süreli olması hâlinde de geçerlidir.

Yukarıda belirtildiği üzere, seçeneğe yaptırıma çevirme zorunluluğunun genel şartı, “daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak”tır (TCK, m. 50/3). Böylece, mahkûm olunan hapis cezası seçeneğe yaptırımlardan birisine çevrilmiş ve seçeneğe yaptırımın gerekleri yerine getirilmiş ise, bu durum, diğer koşulların varlığı halinde, bilâhare işlenecek bir hapis cezasının seçeneğe yaptırıma çevrilmesine ilişkin zorunluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

B. Yaptırımın Koşullarına Aykırılık Halinde Hukukî Sonuçlar

TCK m. 50/6'ya göre,

“Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçeneğe tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz”.

Bu hüküm, 5237 sy. TCK sisteminde “seçeneğe yaptırım” ifadesinin kullanılmasının isabetli olduğunu gösteren bir delildir. Zira, merkeze hapis cezası konulmakta, seçeneğe yaptırımlar, kendisinden evvel verilen hapis cezasından “çevrilmekte” ve seçeneğe “tedbir”lerin koşullarına uyulmaması hâlinde asıl cezaya geri dönülerek hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verilmekte; seçeneğe tedbirin gereklerine aykırılığın karşılığı, sadece hapis cezasının infaz edilmesiyle kalmamakta, hukukî sonuçlar bakımından da hapis cezasına geri dönülmektedir. TCK 1989 Öntasarısının 61 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında bu konu şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaları tedbirlerden birine çevrilmiş olanlardan, Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen

otuz gün içerisinde tedbir hükümlerini yerine getirmeyenler ile infaza başlandıktan sonra hüküm gereklerine aykırı davrananlar hakkında, hükmedilmiş tedbir, bu hükmü veren mahkemece birinci fıkranın birinci bendinde yazılı esaslar dairesinde para cezasına çevrilir.”⁵⁵⁹

TCK 1997 Öntasarısı'nın 62 inci maddesinin altıncı fıkrasında da çok benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁵⁶⁰

26/2/2008 tarihli ve 5739 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesiyle, 5237 sy. TCK'nın 50 nci maddesinin altıncı fıkrasındaki “yaptırımın” ibaresi, “tedbirin” olarak değiştirilmiştir. Böylece, adlî para cezasının bu fıkranın kapsamı dışında tutulması ve fıkranın onarıcı adalet yaptırımıyla birlikte toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına hasredilmesi, Kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucudur.

50 nci maddenin beşinci fıkrasının bir sonucu, adlî para cezasının gereklerini yerine getirmeyen kişi hakkında, CGTİHK'nın adli para cezasının infazına ilişkin hükümlerinin (m. 106) uygulanacak ve hapis cezasının hukukî sonuçlarının doğmayacak olmasıdır.⁵⁶¹ Bu durum; mahkûm edildiği hapis cezası, seçenek yaptırım olarak adlî para cezasına çevrilen hükümlünün, mahkûm edildiği hapis cezası, onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından birine çevrilen hükümlüye nispetle sahip olduğu bir avantaj olarak gözükmemektedir.

İngiltere’de, Suç (Ceza Hükümleri) Yasası 1997 ile, para cezasını ödemeyen kimseler bakımından hapis cezasına alternatif olarak uygulanabilecek iki alternatif getirilmiştir. Buna göre, para cezasını ödemeyenler bakımından hapis cezası uygulanabileceği gibi, kısa süreli “toplum hizmeti emri” (community service order) veya “belirli zaman dilimlerinde belirli yerde bulunma emri” (curfew order) de uygulanabilecektir. Bu iki alternatiften başka, üçüncü bir alternatif olarak, 25 yaşın altındaki suçlular için uygulanabilen “de-

⁵⁵⁹ Çetin, **a.g.e.**, s. 32. Genel olarak seçenek yaptırımların, Türkiye Cumhuriyeti tarihindeki düzenleme seyri için bkz.: Çetin, **a.g.e.**, s. 28 vd.

⁵⁶⁰ Düzenleme için bkz.: Çetin, **a.g.e.**, s. 35, dn. 118.

⁵⁶¹ Özgenç, **5. bası**, s. 621.

vam merkezi emri” (attendance center order) de zikredilmelidir. Ashworth, bu değişikliği, para cezasını ödemeyenler hakkında uygulanan hapis cezasında görülen “çarpıcı azalma”yı açıklama babında zikretmektedir: 1994’te yaklaşık 24.000 kişi bu sebeple hapishaneye gönderilirken 1998 itibariyle bu sayı 5000 in biraz üzerindedir ve 2002’de 1000 civarındadır.⁵⁶²

“Tedbir” hükmüne muhalefet halinde, “tedbir”e çevrilmiş olan kısa süreli hapis cezasının ne ölçüde infaz edileceğine ilişkin olarak, 647 sy. mülga CİK’in 4 üncü maddesinde,

“kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları [tedbire çevrilmiş olanların,] tedbir hükümlerine muhalefetlerinin derecesine göre kısmen veya tamamen infazına veya infaz olunmamasına hükmü veren mahkemece karar veril[ceği]”

belirtilmiştir.

Centel/Zafer/Çakmut’a göre, 5237 sy. TCK sisteminde, “tedbir hükümlerine aykırılığın derecesine göre, tedbire çevrilmiş olan kısa süreli hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar veril[i]r”.⁵⁶³ Yine, Öztürk/Erdem’in belirttikleri gibi, böyle bir durumda mahkeme hapis cezasının hangi süre ile infaz edileceğine karar verirken, seçenek tedbirin hangi süre ile infaz edilmiş olduğunu göz önünde bulunduracaktır: “Söz gelimi seçenek tedbirin infazına hiç başlanmış değilse, hapis cezasının *tamamen* infaz edilmesine karar verilecektir”.⁵⁶⁴ Çetin’e göre de, “seçenek yaptırımın infaz edilen kısmı, infazı lazım gelecek olan hapis cezasından mahsup edilecektir”.⁵⁶⁵

Bu noktada, hapis cezasının infazı ertelenmiş ve denetim süresi için hakkında yükümlülüğe karar verilmiş olan hükümlülerin bu yükümlülüklerine aykırı davranmaları halinde, hapis cezasının infazında hangi hususun ölçüt olarak alınacağıyla, seçenek “tedbir”in gereklerini yerine getirmeyen hükümlü

⁵⁶² Ashworth, “Sentencing”, s. 1015.

⁵⁶³ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 600. Demirbaş da, bu konuda, “tedbir hükümlerine muhalefet derecesine göre” hareket edileceğini ifade eder: Demirbaş, **Ceza Hukuku**, 565.

⁵⁶⁴ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 363. Vurgu, yazarlara aittir.

⁵⁶⁵ Çetin, **a.g.e.**, s. 77.

hakkında hapis cezasının infazında neyin ölçüt alınacağı karşılaştırılabilir. TCK m. 51/7 şu şekildedir:

“[h]ükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.”

Ertelemeyle ilgili olarak, Çetin’e göre,

“hükmolunan hapis cezasından mahsubu gereken miktar, yerine getirilen tedbirin süresine göre değil, erteleme süresinin suç işlenilmeden geçirilen kısmı veya erteleme hakim uyarısına rağmen tedbire muhalefet edilmesi nedeniyle geri alınmakta ise, erteleme kararının kesinleştiği süreden hakim uyarısına rağmen tedbire uyulmadığının tespiti arasında geçen süre kadardır”.⁵⁶⁶

Çetin, seçenek yaptırımların, mahsup bakımından arz ettiği yukarıdaki hususiyetin, mahsup bakımından seçenek yaptırımlarla erteleme arasındaki farkla birlikte dikkate alındığında, seçenek yaptırımların ceza olduğunu “açıkça göster[diği]” görüşündedir:

“Zira, burada seçenek yaptırım için yapılan mahsup işlemi, bir cezanın, diğer bir ceza ile mahsubunun yapılması işlemidir. İnfazı yapılan seçenek yaptırım bir ceza olduğu için, çevrilecek hapis cezası bakımından, bu cezanın, infaz edilen kısmı önemlidir ve bu infaz edilen kısım bakiye hapis cezasına orantılanmak suretiyle sonuç olarak infaz edilecek hapis cezası bulunacak demektir”.⁵⁶⁷

Kanaatimizce, Çetin’in yakalamış olduğu bu nokta, seçenek yaptırımların hukukî niteliğini tespit etmek bakımından oldukça yararlıdır. Ancak, belirtilen nokta, seçenek yaptırımların, birer “yaptırım” olduğunu desteklemekte ise de; onların “ceza” olduğunu göstermemektedir.

⁵⁶⁶ Çetin, a.g.e., ss. 77-78.

⁵⁶⁷ Çetin, a.g.e., s. 78.

Bu konuyla ilgili bir tartışma konusu, seçenek “tedbir”in gereğini yerine getirmeyen hükümlü hakkında hapis cezasının infazına başlandıktan sonra hükümlünün seçenek tedbirin gereğini yerine getirmesi hâlinde salıverilip salıverilmeyeceğidir. Bu durum, onarıcı adalet yaptırımını olarak nitelendirdiğimiz “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” yaptırımının öngörülmesi hâlinde mümkündür. Böyle bir durumda hükümlünün salıverilmemesinin, tedbirin yerine getirilmemiş olmasına ilişkin bir cezalandırma olacağı ileri sürülebilirse de; Kanun metni, salıvermeye imkân vermemektedir.

“Seçenek tedbirin” gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda uygulanmayacak olan beşinci fıkra hükmü, yukarıda da yer verildiği üzere, şu şekildedir: “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir.” Böylece, beşinci fıkra hükmünün uygulanmayacak olmasının anlamı, uygulamada asıl mahkûmiyet olarak hapis cezasının alınacak olmasıdır. Böylece, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK, m. 53), erteleme (TCK, m. 51), tekerrür (TCK, m. 58) ve zorunlu seçenek yaptırım uygulaması (TCK, m. 50/3) bakımından dikkate alınacak ceza, hapis cezasıdır. Öztürk/Erdem, hapis cezasının kısmen infaz edilmesine karar verilmesinde dahi, “infaz edilmesine karar verilen ceza[nın] değil, mahkumiyet hükmünde yer alan ceza[nın] göz önünde bulundurulaca[ğın]”, isabetle ifade etmektedir.⁵⁶⁸ Bilindiği üzere, hapis cezasının infazının ertelenmesine karar verilebilmesi için kişinin “daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması” gerekir (TCK, m. 51/1). Böylece, üç aydan uzun süreli bir hapis cezasının üç aydan kısa bir süresinin infazına bu kapsamda karar verilmiş olması hâlinde dahi, bilâhare mahkûm olunacak hapis cezasının infazının ertelenmesine engel bir durum ortaya çıkacaktır.

TCK’nın 50 nci maddesinin, söz konusu altıncı fıkrasında, “kısa süreli” hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verileceği yazılıdır. Bi-

⁵⁶⁸ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 364.

linçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan uzun süreli hapis cezaları, 50 nci madde uyarınca ancak adli para cezasına çevrilebilir; kanunun “tedbir” olarak ifade ettiği yaptırımlara çevrilemez. Bu bakımdan, yukarıda belirtilen hükmün “kısa süreli” hapis cezalarıyla sınırlı tutulmasında isabetsizlik yoktur.⁵⁶⁹

TCK m. 50/7’ye göre, “hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemeye tedbir değiştirilir”. Böyle bir durumda hâkimin başka bir tedbire çevirip çevirmeme konusunda takdir hakkı yoktur.⁵⁷⁰ Görüldüğü üzere, bu hüküm de adlî para cezaları bakımından geçerli olmayan, geçerliliği onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarıyla sınırlı olan bir hükümdür. Bu kapsamda, uygulamada karşılaşılabilecek bir sorun, hükümlünün, “elinde olmayan nedenlerle” seçenek tedbirin gereklerini yerine getirememiş olması hâlinde, elinde olmadan yerine getiremediği keyfiyetini, hükmü veren mahkemeye bildirmesine bağlı olmaksızın, mahkemenin bu ihtimali kendiliğinden ele almasının gerekip gerekmediğiyle ilgilidir. Kanaatimizce, böyle bir durumda, hükümlünün keyfiyeti bildirmesi veya seçenek “tedbir”in değiştirilmesini talep etmesi aranmaksızın, mahkemenin, seçenek “tedbir”in gereklerinin elde olmayan nedenlerle yerine getirilememiş olup olmadığını kendiliğinden araştırması gerekmektedir. Zira bu durumda da, yaptırımın bireyselleştirilmesi mahkemenin sorumluluğundadır ve hükümlüden, seçenek “tedbir”in gereklerini elinde olmayan nedenlerle yerine getirememesi hâlinde bu “tedbir”in değiştirilmesi imkânından yararlanabileceğini bilmesi beklenemez.

İngiltere’de, hakkında toplum içerisinde cezalandırma hükmü yürürlükte olan suçlu, sorumlu görevlinin zaman zaman verebileceği talimatlara uygun şekilde, adı geçen görevliyle irtibat hâlinde kalmak ve herhangi bir adres de-

⁵⁶⁹ Öztürk ve Erdem, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan uzun süreli hapis cezaları bakımından da 50 nci maddenin uygulanma kabiliyeti bulunduğundan “bu düzenlemenin TCK m. 50 uyarınca seçenek tedbire veya adli para cezasına hükmedildiği her durumda uygulanabilmesi gerek[tiğini]” belirtirler: Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, ss. 363-364.

⁵⁷⁰ Zafer, **a.g.e.**, s. 361.

ğişikliğini ona bildirmek zorundadır. Suçlunun bu yükümlülüğü, hükümle yürürlüğe konulan (imposed by) bir şartmış (requirement) gibi infaz edilme kabiliyetini hâizdir. (CAY 2003, m. 220).

C. Yükümlülüklerin İhlâline İngiltere’de Bağlanan Hukukî Sonuçlar

1. İngiltere’de Yükümlülüklerin İhlâliyle İlgili Olarak Sorumlu Görevlinin Yapacağı İşlemler

a. Uyarıda Bulunma

Sorumlu görevli, suçlunun, makul bir özrü olmaksızın hükümdeki yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediği düşüncesindeyse, suçluya bir uyarıda bulunmalıdır. Ancak, belirtilen uyarı yükümlülüğünün geçerli olmadığı iki istisna vardır: Suçluya, geçmiş oniki ay içerisinde benzer bir uyarı yapılmış olması veya görevlinin ihlalle ilgili olarak bir sulh hâkimini bilgilendirmesi.⁵⁷¹

Uyarı, yerine getirmemeye ilgili olan detaylarını tarif eder; yerine getirmemenin kabul edilemez olduğunu belirtir ve suçluyu, gelecek oniki ay içerisinde tekrar hükümde yer alan herhangi bir yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde bir mahkeme önüne çıkarılmaya müstahak olacağı konusunda bilgilendirir.⁵⁷²

Sorumlu görevli, uyarı yapıldıktan sonra mümkün olan en kısa zamanda, durumu kaydeder.⁵⁷³

b. Uyarı Yapıldıktan Sonra Gerçekleşen İhlâl

Yukarıda izah edilen tarzda bir uyarı yapıldıktan sonra, uyarının yapıldığı günden başlamak üzere oniki ay içerisinde suçlunun makul bir özrü olmaksızın hükümde öngörülen yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmed-

⁵⁷¹ CAY 2003, Ek 8, para. 5 (1) ve 5 (4).

⁵⁷² CAY 2003, Ek 8, para. 5 (2).

⁵⁷³ CAY 2003, Ek 8, para. 5 (3).

ğini düşünürse, görevli, söz konusu ihlalle ilgili olarak bir sulh hâkimini bilgilendirmelidir. Crown Mahkemesi tarafından verilmiş bir toplum içerisinde cezalandırma hükmü varsa ve bu hüküm, hükümle öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi meselesiyle bir magistrate mahkemesinin ilgilenmesi yönünde bir emir/izahat (direction) ihtiva etmiyorsa, yukarıdaki mahkeme, Crown Mahkemesi olarak anlaşılır.⁵⁷⁴

2. İngiltere’de Yükümlülüklerin İhlâli Hâlinde Hâkimin veya Mahkemenin Yapacağı İşlemler

a. Suçlunun Hazır Bulunmasından Önceki İşlemler

Toplum içerisinde cezalandırma hükmü yürürlükteyken suçlunun hükümde öngörülen herhangi bir yükümlülüğü ihlâl ettiği yönünde bilgilendirilen hâkim veya mahkeme, suçluyu belirtilen mahkeme önünde ve belirtilen vakitte hazır bulunmaya davet edebilir veya –bilgilendirmenin yazılı ve yeminli olması hâlinde- suçlu hakkında yakalama emri çıkarabilir. Suçlunun davet üzerine hazır bulunmaması hâlinde, yetkili mahkeme, suçlu hakkında yakalama emri çıkarabilir.⁵⁷⁵

b. Suçlunun Hazır Bulunmasından Sonraki İşlemler

Suçlunun, hükümdeki yükümlülüklerinden herhangi birini makul bir özrü olmaksızın yerine getirmediği, suçlunun hazır bulunduğu veya bulundurulduğu mahkemenin kani olacağı şekilde ispatlanırsa, mahkeme, ihlâl ile ilgili olarak suçlu hakkında aşağıdaki işlemlerden herhangi birisini yapar (CAY 2003, Ek 8, para. 9-10):

⁵⁷⁴ CAY 2003, Ek 8, para. 6.

⁵⁷⁵ CAY 2003, Ek 8, para. 7-8.

(1) Hükümün şartlarını, o anda hükmü veriyor olsaydı hükme koyabileceği daha külfetli yükümlülükler öngörecek şekilde değiştirmek

Bu kapsamda, yerine getirmeyi zorlama amaçlı yükümlülükler (belirli zaman dilimlerinde belirli yerde bulunma veya nezaret gibi) getirilebilir.⁵⁷⁶ Burada mahkeme, yükümlülüklerin süresini uzatabilir. Ancak toplum içerisinde cezalandırma hükmünün tarihinden itibaren en geç üç yıl içerisinde bütün yükümlülüklerin bitirilmesi kuralı (CAY 2003, m. 177/5) ihlâl edilemez. Ruh sağlığı tedavisinde, uyuşturucu rehabilitasyon programında ve alkol tedavi programında, suçlu, değiştirilmiş haliyle yükümlülüğe uygun davranma yönündeki istekliliğini bildirmediği, bu kapsamda bir değişiklik yapılamaz (CAY 2003, Ek 8, para. 11/2).

Hükümün şartlarını ağırlaştırırken, mahkeme, yükümlülüklerin gereklerini yerine getirebilme bakımından suçlunun kapasitesini ve tekrar bir ihlâl olması durumunda verilebilecek hapis cezasına zemin hazırlama ihtimalini değerlendirmelidir.⁵⁷⁷ Böyle durumlarda, suçluya haddinden fazla yüklenilmesi veya birbiriyle çelişen yükümlülükler öngörülmesi suretiyle yeni bir ihlâl zemin hazırlanma tehlikesi vardır.⁵⁷⁸ Bunun için ve özellikle ihlâlin yükümlülüğün bitmesine az bir zaman kala gerçekleştiği durumlarda, mahkeme, o ana kadar yükümlülüğe uygun davranıldığını dikkate almalıdır; böylece mahkeme, nezaret periyodunu veya operasyonel periyodu uzatmanın daha anlamlı olduğunu düşünebilir; diğer durumlarda, cezalandırıcı veya rehabilite edici yükümlülükler ilâve etmeyi seçebilir.⁵⁷⁹ Bu değişiklikler yapılırken, toplum içerisinde cezalandırma hükmü için genel olarak konulan süre sınırına ve her bir

⁵⁷⁶ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.42.

⁵⁷⁷ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.44.

⁵⁷⁸ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.47.

⁵⁷⁹ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.44.

yükümlülüğün nezaret ve operasyonel periyotları için konulmuş süre sınırlarına dikkat edilmelidir.⁵⁸⁰

(2) Orijinal suç için hüküm kurar gibi hüküm kurmak

Bu kapsamda mahkeme, örneğin, hükümde öngörülen yükümlülükleri isteyerek ve ısrarla ihlâl etmiş olan bir suçluya, orijinal suç hapis cezasıyla cezalandırılabilen bir suç ise, hakkındaki toplum içerisinde cezalandırma hükmü hâlen yürürlükteyse bu hükmü kaldırarak hapis cezası verebilir. Bu kapsamda, hapis cezasının, tek bir para cezasıyla veya toplum içerisinde cezalandırma hükmüyle cezalandırılması haklı görülemeyecek kadar ağır suç veya suçlar bütünü için verilebilmesi kuralı (CAY 2003, m. 152/2) geçerli değildir. Bu kapsamda, örneğin kısmî uyum gösterilmiş olan durumlarda veya hükmün verildiği zamandan itibaren gerçekleşen hadiselerin başka türlü bir davranış biçiminin etkili olabileceğini gösterdiği durumlarda, yürürlükte olan toplum içerisinde cezalandırma hükmü kaldırılarak, kaldırılan hükmün amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla yeni bir toplum içerisinde cezalandırma hükmü kurulabilir.⁵⁸¹

(3) 51 Haftaya Kadar Hapis Cezası Vermek

Mahkeme, toplum içerisinde cezalandırma hükmü verilen suçun aslında hapis cezasıyla cezalandırılacak bir suç olmaması; suçlunun 18 veya daha fazla yaşta olması ve hükümde öngörülen yükümlülükleri isteyerek ve ısrarla ihlâl etmiş olması hâlinde, suçlu hakkındaki toplum içerisinde cezalandırma hükmü hâlen yürürlükteyse bu hükmü kaldırarak 51 haftaya kadar hapis cezası verebilir.

Mahkeme, yukarıdaki seçeneklerden birisini uygularken, suçlunun, yükümlülüklerine ne kadar uymuş olduğunu hesaba katmak zorundadır (CAY 2003, Ek 8, para. 9/2 ve para. 10/2).

⁵⁸⁰ SGC, *New Sentences...*, para. 1.1.44.

⁵⁸¹ SGC, *New Sentences...*, s. 13.

Bir toplum içerisinde cezalandırma hükmünün suçun ağırlığıyla mütenasip (commnesurate) olduğu kabul edildikten sonra, yükümlülüklerin ihlâli hakkında hüküm kurarken mahkemenin birincil amacı, ihlâl edilen yükümlülüklerin tamamlanmasının sağlanmasıdır.⁵⁸²

Yükümlülüklerin ihlâline, diğer alternatifleri yeterince değerlendirmeden hapis cezası ile karşılık veren bir mahkeme, orijinal suçla oranlı olmayan ve sadece ihlâli cezalandıran bir hüküm kurmuş olma tehlikesi içindedir.⁵⁸³

İhlâl hakkında hüküm kuran mahkeme, suçlunun yükümlülüklerine ne ölçüde uymuş olduğunu, ihlâlin nedenlerini ve gerçekleşme zamanını dikkate almalıdır. Örneğin, yükümlülüğün operasyonel periyodunun sonlarına doğru gerçekleşen bir ihlâl durumunda, suçlunun mahkeme önünde hazır bulunması dahi, ihlâlin tekrarlanmasının önüne geçme sebebi olabilir. Böyle bir durumda, mahkemenin hüküm kurmamazlık etmesi söz konusu olamayacağından, tekrar hüküm kurma yoluna gidilebilir ve baştaki hükmün amaçlarının gerçekleşmesine hizmet eden yeni bir hüküm kurabilir.⁵⁸⁴

Mahkeme, hükmün külfetini artırma düşüncesindeyse, yükümlülüğün gereklerini yerine getirebilme bakımından suçlunun potansiyelini dikkatlice değerlendirmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, Denetimli Serbestlik İdaresinden görüş alınmalıdır.⁵⁸⁵

İhlâl hâlinde hüküm kurulurken, hapis cezası, suçlunun bir toplum içerisinde cezalandırma hükmünü tamamlaması için gereken makul bütün gayreti gösterdiği hâlde başarısızlığa uğraması durumunda, başvurulacak son çare olmalıdır.⁵⁸⁶

⁵⁸² SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.45.

⁵⁸³ SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.45.

⁵⁸⁴ SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.46.

⁵⁸⁵ SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.47.

⁵⁸⁶ SGC, **New Sentences...**, para. 1.1.47.

III. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİ

A. Genel Olarak

TCK'nın 50 nci maddesinde "seçenek yaptırımlar" başlığı altında düzenlenen yaptırımlar, adlî para cezası dışında, bir adet onarıcı adalet yaptırımı ve dört adet toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımından müteşekkildir. Bunlardan, "mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi" (m. 50/1-b), onarıcı adalet yaptırımı; "bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme" (m. 50/1-c); "belirli yerlere gitmekten 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) ise toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımıdır. 50 nci maddedeki yaptırımlar, örnekleme yoluyla değil, tahdit etme yoluyla belirtilmiştir.⁵⁸⁷ Böylece, örneğin, "belirli faaliyette bulunma yaptırımı"na, onarıcı adalet veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları arasında yer verilmemiştir. Bununla birlikte, hükümlü, m. 50/1-b'de düzenlenen onarıcı adalet yaptırımı sınırları dahilinde "belirli faaliyette bulundurulabilir". Diğer taraftan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda, "takdir edilecek yükümlülüğün yerine getirilmesi" kapsamında, "belirli faaliyette bulunma yükümlülüğü"ne hükmedilebilir (CMK, m. 231/8-c). Böylece, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere, mahkûmun kısa süreli hapis cezasının, örneğin, her gün bir kütüphanede bir saat süreyle kitap okuma şeklinde bir yaptırıma çevrilmesi, TCK m. 50 kapsamında mümkün değildir.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 501. Çetin, "seçenek yaptırımların özellikleri" başlığı altında dört alt başlığa yer vermektedir: "seçenek yaptırımların kanuniliği"; "seçenek yaptırımların sınırlı sayıda olması"; "seçenek yaptırımların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması" ve "seçenek yaptırımların uygulanmasında şahıslar arasında ayırım yapılmaması": Çetin, **a.g.e.**, ss. 51-57. Esasında, belirtilen son iki başlık, devletin, faaliyetlerinde uyması gereken genel kurallara işaret eder.

⁵⁸⁸ YCGK, 29.04.2008, 7-80/93 (**YKD**, C. 35, 2009/2, ss. 347-353): Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 501, dn. 65.

Kısa süreli hapis cezası, 50 nci maddede belirtilen seçenek yaptırımlardan yalnızca bir tanesine çevrilebilir. Başka bir deyişle, kısa süreli hapis cezasının, adlî para cezasıyla birlikte 50 nci maddede belirtilen onarıcı adalet yaptırımına veya toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına, veyahut onarıcı adalet yaptırımıyla birlikte toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından birine ya da belirtilen maddedeki toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından birden fazlasına aynı anda çevrilmesi mümkün değildir.⁵⁸⁹

B. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (TCK, m. 50/1-b)

Kısa süreli hapis cezası, 50 nci madde kapsamında, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi” yaptırımına çevrilebilir (TCK, m. 50/1).

Bu yaptırım bakımından, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın kısmen giderilmesi yeterli değildir.

Zararın aynen iade edilmesi, “hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesi”ni; suçtan önceki hâle getirme, “suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesi”ni; zararın tazmin edilmesi ise “suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesi”ni ifade eder (Ceza İnfaz Tüzüğü, m. 51/2-a).

Hafizoğulları/Özen’in isabetle belirttiği gibi, buradaki “kamu”dan “kamu idaresi” anlaşılmalıdır.⁵⁹⁰ Aynı yazarlara göre,

“mağdur, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukukî değer veya menfaatin hamili olan kimsedir. Öyleyse, suçla zarara uğrayan kim-

⁵⁸⁹ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 502 ve aynı sayfada yer verilen, Yargıtay 2. CD., 31.01.2007, 566/1187; (Koca ve Üzülmez, bu karar için, www.hukukturk.com adresli internet sitesinin 5.12.2007 tarihli haline atıf yapıyorlar.)

⁵⁹⁰ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 475.

se, bizzat suçun mağduru olan kişi olmalıdır. Hükmün genişletilerek yorumlanması[...] mümkün [değildir].⁵⁹¹

Bununla birlikte, Kanun'da "mağdur"dan bahsedilmişken Tüzük'te "suçtan zarar gören"den bahsedilmiştir. Kanaatimizce, Tüzük'te "suçtan zarar gören" ifadesinin kullanılması yanlış değildir. Ancak, Tüzüğün ilgili hükümlerinin şu bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekir. "Suçtan zarar gören" kavramı, "mağdur" kavramını içine alan bir kavramdır. Başka bir deyişle, her mağdur suçtan zarar görendir ancak her suçtan zarar gören mağdur değildir. Tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar, ancak suçtan zarar gören olabilirler. Böylece, Tüzük'teki "suçtan zarar gören" ibaresi, tüzel kişiler söz konusu olduğunda isabetlidir; gerçek kişiler söz konusu olduğunda ise, bu ibare, "mağdur" olan suçtan zarar gören olarak anlaşılmalıdır.

Özbek ve diğerlerine göre, "aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin medeni hukuk esaslarına göre yapılacaktır".⁵⁹²

Ceza İnfaz Tüzüğü'ne göre,

"mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesini içeren kesinleşmiş ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı, zararın otuz gün içinde tamamen giderilmesini hükümlüye tebliğ eder" (m. 51/2-c).

Bu yaptırım bakımından, giderilecek olan zararın maddi zarardan mı ibaret olduğu yoksa bu zararın kapsamına manevi zararın da dahil mi olduğu tartışma konusudur. Hafizoğulları/Özen'e göre, "burada, zarar, Ceza hukuku anlamında değil, Özel hukuk anlamında zarardır. Açıkçası, suçun, haksız fiil olarak, üçüncü kişiye verdiği maddî zarardır". Aynı yazarlar, "zararın haksız fiil olarak Borçlar hukuku sistemi içerisinde giderilmesi, hatta ceza yanında tazminata da hükme[dil]mesi mümkünken" "özel hukuka ait bir müeyyide[nin], ceza müeyyidesi olarak ceza hukukuna sok[ul]muş olma[sını]" gereksiz bul-

⁵⁹¹ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 475.

⁵⁹² Özbek vd., **a.g.e.**, s. 553.

makta; “daha önce, böyle bir hükmün, zaten hukuk düzeninde mevcut olması[nın], yanılışın sürdürülmesini haklı kılma[yacağı]” belirtmektedirler.⁵⁹³

Özgenç'e göre, bu kapsamda tazminine hükmedilebilecek zarar ancak maddi zarar olabilir.⁵⁹⁴

Kanaatimizce, yürürlükteki mevzuatımızın hükümlerinden, buradaki “zarar”ın, maddi zarar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kanaatimizi, TCK'nın 50/1-b maddesinin ve Ceza İnfaz Tüzüğü'nün 51/2-a maddesinin ifadelerinden hareketle izah etmeye çalışacağız.

Öncelikle, Kanun'un ifadesine göre, zarar, mağdura veya kamuya ait olmalıdır. “Kamu” ibaresinden, Hafizoğulları/Özen'in isabetle belirttiği gibi⁵⁹⁵, “kamu idaresi” anlaşılacaksa, kamu idaresinin manevi zararından söz edilemeyecektir.

İkincisi, Kanun'da, “zararın giderilme” “suretleri” olarak, “aynen iade”, “suçtan önceki hale getirme” ve “tazmin” seçilmiştir. Özür dilemek kabilinden hareketlerle mağdurun itibarının “iade edilmesinden” söz edilebilirse de, “iade” etmek, özellikle de “aynen iade” etmek, esasen maddi bir zarar için söz konusu olabilir. Tüzüğe göre de, zararın aynen iade edilmesi, “hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesi”ni ifade eder. Nitekim Yargıtay da, özür dilemenin, TCK, m. 50/1-b kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatinde dir.⁵⁹⁶ “Suçtan önceki hale getirme” de esasen maddi zararlar için geçerli olabilecek bir kavramdır. Tüzüğe göre de suçtan önceki hâle getirme, “suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesi”ni ifade eder. “Tazmin” ibaresi ise, hem maddi hem de manevi tazminatla ilgili olarak yorumlanmaya açık olmakla birlikte, Ceza İnfaz Tüzüğü'nün aşağıda yer vereceğimiz tanımı, bu ibarenin de maddi zarara ilişkin olduğu sonu-

⁵⁹³ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 474.

⁵⁹⁴ Özgenç, **5. bası**, s. 614.

⁵⁹⁵ Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 475.

⁵⁹⁶ 4. CD., 20.11.2007, 9637/9605: Çetin, **a.g.e.**, s. 55.

cuna varmamıza yol açmaktadır. Tüzüğe göre, zararın tazmin edilmesi, “suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesi”ni ifade eder (CİT, m. 51/2-a). “Bedeli ödenecek” bir zarar, herhalde maddi bir zarar olabilir.

Üçüncüsü, Kanun, zararın “tamamen giderilmesinden” bahsetmektedir. “Tamamen” ibaresi, ölçülebilir bir varlığa işaret etmekle, maddi zarara ilişkin olabilir. Yine, “gidermek” ibaresi de maddi alana ait bir ibaredir.

Kanaatimizce, mevzuatımız açısından buradaki zararın maddi zarar olarak anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılabiliyorsa de, bu yaptırım bakımından, manevi zararları da kapsayacak şekilde bir düzenlemeye gidilmesi üzerinde önemle durulmalıdır. Bu haliyle, örneğin, hakaret suçunun failine bu yaptırım uygulanamayacaktır. Belirtilen yaptırımın, manevi zararları da kapsayacak şekilde düzenlenmesi ceza mahkemelerinin iş yükünü artırmak açısından soru işareti uyandırabilir. Biz, onarıcı adalet sisteminin, ceza adaleti sistemi yanında bir sistem olarak işletilmesinden yanayız.

Özbek ve diğerlerine göre, “koşullarının varlığı halinde tazmin edilebilecek bir zarar doğuran her fiil açısından hüküm uygulanabilmelidir”.⁵⁹⁷

Bu yaptırım türü bakımından tartışılan diğer bir husus, etkin pişmanlık kapsamında zararın giderilmesine ilişkin hükümler (TCK; m. 168, m. 248) ile bu yaptırımın bir arada uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Kanaatimizce, teorik olarak etkin pişmanlık hükümleriyle bu yaptırımın birlikte uygulanmasına engel yoksa da, uygulamada, “amaca uygunluk” bakımından bu iki kurumun birlikte işletilmesine dikkat edilmelidir.

İngiliz uygulamasında, “tazminat emri”, ayrı bir yaptırım türü olarak düzenlenmiştir. Ceza Mahkemelerinin Yetkileri (Ceza Hükümü Verme) Yasası 2000’de, 130 – 134 üncü maddelerde düzenlenen “tazminat emri” hükümlerine göre; yaralama, ölüm, zayıf veya hasar içeren bütün davalarda, mahkeme, mağdura veya ölüm halinde mağdurun ailesine bir tazminat verilmesi hususunu değerlendirmekle ve tazminat hükmü kurma yetkisine sahip olduğu

⁵⁹⁷ Özbek vd., a.g.e., s. 552.

halde kurmadığı davalarda bunu gerekçelendirmekle görevlidir.⁵⁹⁸ Ashworth'e göre, bu hükümler, "suç mağdurlarının ihtiyaçlarını, dileklerini ve haklarını giderek daha fazla tanıyan bir siyasetin parçasını oluşturmaktadır."⁵⁹⁹

C. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme (TCK, m. 50/1-c)

Kısa süreli hapis cezası, 50 nci madde kapsamında, "en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme" yaptırımına çevrilebilir (TCK, m. 50/1-c).

Çetin'in belirttiği gibi, eğitim kurumunun barınma imkânı varsa ve hükümlünün bu imkândan yararlandırılması isteniyorsa, bu hususun da karar altına alınması gerekir.⁶⁰⁰ Çınar, barınma imkânına duyulan gerekliliğin, hükümlünün koşullarından ya da eğitimin özelliğinden kaynaklanabileceğine işaret eder.⁶⁰¹ Çetin'in örneğiyle, hükümlünün barınma imkânı yoksa, barınma imkânı olan ve olmayan benzer eğitim kurumları arasından barınma imkânı olanının tercih edilmesi gerekir; böylece, hükümlünün bir de barınma sorunuyla uğraşmasının önüne geçilerek, eğitim tedbirinden daha fazla istifade etmesi amaçlanır.⁶⁰²

Ceza İnfaz Tüzüğü'ne göre, "denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu, ilgili kurumlarla işbirliği yaparak, bölgelerinde bulunan eğitim kurumlarını belirler ve mahkemelere verir" (m. 51/3-b).

Özbek ve diğerlerine göre, hangi mesleğin veya sanatın eğitiminin yapılacağına hâkim karar verir; "bu çerçevede eğitim işlenmiş olan suç, hükümlü-

⁵⁹⁸ Ashworth, **a.g.e.**, s. 3; Ayrıca bkz.: Andrew Ashworth, "Sentencing", **The Oxford Handbook of Criminology**, Ed.: Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, 4th edition, New York, Oxford University Press, 2007, ss. 990-1023, ss. 1001-1002'de.

⁵⁹⁹ Ashworth, **a.g.e.**, s. 3.

⁶⁰⁰ Çetin, **a.g.e.**, s. 187.

⁶⁰¹ Çınar, **a.g.e.**, s. 52.

⁶⁰² Çetin, **a.g.e.**, s. 187.

nün öğrenim düzeyi, yetenek, istek ve eğilimlerine göre belirlenmelidir”.⁶⁰³ Çetin’in işaret ettiği gibi, hangi eğitim kurumunun ve hangi kursun veya sınıfın seçildiğine vs. kararda açıkça yer verilmesi, ileride ortaya çıkması muhtemel belirsizliklere engel olmaya yarayabilir.⁶⁰⁴

Meslek ve sanattan anlaşılması gerekenin, “kişinin geçimini temin etmek için elde etmesi gereken bir beceri” olduğunu ifade eden Çetin, örnek olarak, bilgisayar kullanma kursu, muhasebecilik kursu, terzilik, berberlik, kuaförlük gibi uğraşları vermektedir: “Bu hususta, özellikle, Halk Eğitim Merkezlerinde açılan kurslar, hakime, devamı zorunlu olan meslek ve sanat edinme eğitim kurumu hakkında, bilgi verebilir”.⁶⁰⁵

Ceza adaleti sistemimizde, eğitim kurumuna/programına devam etmekle ilgili düzenleme, TCK’nın 50 nci maddesindekinden ibaret değildir.⁶⁰⁶ Birincisi, mahkûm olduğu hapis cezasının infazı ertelenen hükümlüler hakkında belirlenen “denetim süresi içinde; [...] [b]ir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine [...] karar verilebilir” (TCK, m. 51/4-a). Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen ve onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin ise, “bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme[ler]ine [...] karar verilebilir” (TCK, m. 51/4-c). İkincisi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde belirlenen denetim süresi içinde, denetimli serbestlik tedbiri olarak, sanığın, “bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine [...] karar verilebilir” (CMK, m. 231/8-a). Bu kapsamda, ayrıca, sanığın “belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine [...] karar verilebilir” (CMK, m. 231/8-c). Üçüncüsü, koşullu salıverilen “[o]nsekiz yaşından küçük olan hükümlüler, denetim

⁶⁰³ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 554.

⁶⁰⁴ Çetin, **a.g.e.**, s. 187.

⁶⁰⁵ Çetin, **a.g.e.**, ss. 185-186.

⁶⁰⁶ Sayılacak dört hususa, Çetin işaret etmiştir: Çetin, **a.g.e.**, ss. 178-182.

süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler” (CGTİHK, m. 107/8). Dördüncü düzenleme ise, Çocuk Koruma Kanunu’na göre alınacak eğitim tedbiriyle ilgilidir:

“Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine [...y]önelik tedbirdir” (ÇKK, m. 5/1-b).

Kanun koyucu, seçenek yaptırım bakımından, bir eğitim “kurumuna” devam etmeyi düzenlemişken (TCK, m. 50/1-c); hapis cezasının infazının ertelenmesi (TCK, m. 51/4-a) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK, m. 231/8-a) kurumlarında, eğitim “programına” devam etme yükümlülüğüne yer vermiştir. Ancak, onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin hapis cezalarının infazının ertelenmesi bakımından yine “eğitim kurumu”ndan söz edilmiştir (TCK, m. 51/4-c). Ayrıca, CGTİHK m. 107/8’de, koşullu salıverilen onsekiz yaşından küçük hükümlüler bakımından, “kurum” dan bahsedilmiştir. TCK m. 51/4-a’da düzenlenen “eğitim programı” ile TCK m. 50/1-c’de düzenlenen “eğitim kurumu”nun “farklı anlaşılması gerek[tiğini]” ifade eden Çetin, bu bağlamda, TCK m. 50/1-c’de gerektiğinde barınma imkânı da bulunmaktan bahsedilirken, TCK m. 51/4-a’da böyle bir husustan bahsedilmediğine işaret eder.⁶⁰⁷ Çetin’in isabetle ifade ettiği bu hususa ilâveten, hem onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin hapis cezalarının ertelenmesi bakımından (TCK, m. 51/4-c), hem de koşullu salıverilen onsekiz yaşından küçük hükümlülerin denetim süresinde devam etmeleri öngörülen eğitim bakımından (CGTİHK m. 107/8), gerektiğinde barınma imkânı bulunmaktan bahsedilmiştir. Böylece, Kanun koyucu, eğitim kurumundan bahsettiği üç yerde de bu kurumun gerektiğinde barınma imkânı da bulunmasından söz etmiş; eğitim programından bahsettiği iki yerde ise böyle bir hususa yer vermemiştir. Kanaatimizce de, ceza adaleti sistemine ilişkin değişik kanunlarda (TCK, m. 50-

⁶⁰⁷ Çetin, a.g.e., s. 74.

51; CMK, m. 231/8-a; CGTİHK, m. 107/8); TCK'nın farklı maddelerinde (m. 50; m. 51); hatta, TCK'nın aynı maddesinin aynı fıkrasının farklı bentlerinde (m. 51/4-a; m. 51/4-c) "eğitim kurumu" ve eğitim programı" bakımından yukarıda anlatılanlar gibi ayırım yapılmış olmasından, bu ibarelerin farklı anlaşılması gerektiği kanaatine ulaşılabilir.

Koca/Üzülmez'e göre, bu yaptırım türünün uygulanabilmesi için, hükümlünün "esasen bir meslek ve sanat sahibi olmaması gerekmektedir".⁶⁰⁸

Çetin ise, bu yaptırım türünün uygulanabilmesi için hükümlünün meslek veya sanat sahibi olup olmasını "çok önemli" bulmamaktadır:

"[...] sanığın bir meslek veya sanatı yoksa, böyle bir seçenek yaptırıma başvurulabilir. Bunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, sanığın bir meslek veya sanatı olsa bile, onu, suç işlemekten alıkoyacak bir başka meslek veya sanat edinilmesi isteniyorsa, bu seçenek yaptırıma hükmolunabilir."

Çetin, bu bağlamda, hapis cezası ertelenen hükümlüler hakkında denetim süresi içinde öngörülebilecek olan "bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesi" (TCK, m. 51/4-a) ile karşılaştırma yapmakta ve TCK m. 50/1-c'de düzenlenen seçenek yaptırım bakımından hükümlünün bir meslek veya sanatının olmaması şartına yer verilmediğini belirtmektedir.⁶⁰⁹

"[İ]şlenen suç ile sanığın bir meslek veya sanatının bulunmaması arasında bir ilginin (irtibatın) bulunup bulunmadığının araştırılıp araştırılmayacağı[nın]" tartışılması gerektiğini belirten Çetin'e göre, Kanun,

"sanığın suç işlemiş olması durumunda, bir meslek ve sanatı da yoksa, suç işlenmesi ile, bu meslek veya sanatın bulunmaması arasında, doğrudan, bir ilişki görmektedir".⁶¹⁰

⁶⁰⁸ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 504.

⁶⁰⁹ Çetin, **a.g.e.**, s. 74. Çetin'in eserinin başka bir yerinde ise şu ifadeler yer verilmiştir: "Kanaatimizce, Kanunun dili, bu seçenek yaptırımın, ancak bir meslek ve sanatı bulunmayan sanıklar hakkında, uygulanabileceğine ilişkindir. Zira, sanığın zaten bir mesleği veya sanatı varsa, artık bu seçenek yaptırıma hükmolunamaz.": Çetin, **a.g.e.**, s. 186.

⁶¹⁰ Çetin, **a.g.e.**, s. 186.

Özgenç, eğitim kurumuna devam etmenin asgari süresinin kanunla iki yıl olarak belirlenerek sürenin takdirinin her somut olayda mahkemeye bırakılmasını, “gerçekçi ve doğru” bulmamaktadır. Yine, yazara göre, eğitim kurumuna devam etmenin, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla” sınırlanması da doğru değildir. Böylece, lise tahsiline devam eden onyedinci yaşındaki bir gencin mahkûm olduğu hapis cezası, 50 nci madde kapsamında, bu öğrencinin, lise tahsiline devam etmesine çevrilebilmelidir. Bu öğrencinin lise tahsilini başarıyla tamamlayabilmesi için, bir yıl yeterli olabilir. Bir yıllık süre sonunda bu kişinin yüksek öğrenim imkânından yararlanıp yararlanamayacağı ise hüküm sırasında belli değildir.⁶¹¹

Gerçekten, eğitim kurumuna devam etme yaptırımının amacı “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak”la sınırlandırılınca, Özgenç’in yukarıda verdiği örneğe ek olarak, bu yaptırım kapsamında, mesela öfke kontrolü programına devam etme mükellefiyeti getirilemeyecektir. 50 nci maddede sayılan yaptırımlar içerisinde bulunmayan “belirli faaliyette bulundurma” yaptırımının madde metnine eklenmesi, bu meseleye çözüm getirebilir. “Belirli faaliyette bulundurma”, aşağıda incelenecektir. Özgenç’in işaret ettiği diğer soruna çözüm getirme bakımından, yaptırımların, infaz aşamasında gözden geçirilmesi ya da yaptırımların bölünebilmesi tartışılabilir. Böylece, Özgenç’in verdiği örnekte, mahkeme, öğrencinin dokuz ay boyunca lise tahsiline devam etmesine ve dokuz ay sonunda, ikinci bir kararla, yaptırımı iki yıla tamamlamak için geri kalan on beş aylık sürenin hangi eğitim kurumuna devam edilerek geçirileceğine karar verebilir. Böyle bir yola başvurma, ceza adaleti sistemine getirebileceği ilâve yük göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, dokuz aylık süre sonunda, öğrencinin lise tahsilini tamamlayabilmesi için bir eğitim-öğretim dönemine daha ihtiyacı olduğunda nasıl hareket edilecektir? Öğrencinin bir süre daha lise tahsiline devam etmesi, bu süre sonunda üçüncü bir karar verilmesi mi söz konusu olacaktır?

⁶¹¹ Özgenç, 5. bası, s. 614.

Çetin'in ifade ettiği gibi, sürenin iki yıldan fazla tutulması halinde, neden fazla tutulduğunun gerekçelendirilmesi gerekir:

“Zira, iki yıldan daha fazla bir süreyle, hükümlünün, bir zorunluluk altında bulundurulması, sanığın ıslahı amacını da gütsse, mutlaka, hükümlünün hürriyetini daha fazla kısıtlayan bir durumdur”.⁶¹²

Yine, hangi eğitim kurumuna neden gerek görüldüğünün de “denetime imkân verecek şekilde karar yerinde tartışılma[sı]” gerekmektedir.⁶¹³

Devam edilmesi öngörülen eğitim kurumu için hükümlüden bir bedel beklenilmemesi gerekir; zira böyle bir hâl, bu yaptırımın ötesinde, ekonomik bir yaptırım daha yüklemek anlamına gelir.⁶¹⁴

D. Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (TCK, m. 50/1-d)

Kısa süreli hapis cezası, TCK m. 50/1-d uyarınca, “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” yaptırımına çevrilebilir.

Bu yaptırımın süresi, fıkra da belirtildiği üzere, “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar”dır. Mahkûm olunan cezanın süresinin “bir katı”nın, mahkûm olunan cezanın süresi kadar olduğu⁶¹⁵ kanaatimizce açık olmasına rağmen; şaşırtıcı olarak, bu sürenin, mahkûm olunan cezanın süresinin iki katı kadar olduğu yönünde görüşler⁶¹⁶ beyan edilmiştir. Aslında bu mesele, şöylece açıklığa kavuşturulabilir. Bir sayının bir katı, o sayının ikiyle

⁶¹² Çetin, **a.g.e.**, s. 184.

⁶¹³ Çetin, **a.g.e.**, s. 187.

⁶¹⁴ Dönmezer, Erman, C. II, s. 726.

⁶¹⁵ “Sanık hakkında hükmedilen, hürriyeti bağlayıcı cezanın, seçenek yaptırımlardan olan belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine çevrilmesi durumunda bu sürenin hükmedilen 3 ay 10 gün hapis cezası süresinden fazla olamayacağı gözetilmeden 6 ay süre ile belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine çevrilmesi yasaya aykırıdır”: 9. CD., 15.04.2010 gün, E. 2008/ 8960, K. 2010/ 4090: Çetin, **a.g.e.**, s. 202, dn. 595.

⁶¹⁶ Çetin, **a.g.e.**, ss. 195-196 ve 202; Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 504; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 555; “TCK’nın 141/1, 168/1, 62. maddeleri gereğince hükmolunan 3 ay 10 gün hapis cezasının, bir katı olan 6 ay 20 gün süreyle yurt dışına çıkmaktan yasaklanmasına” (Kayseri 6. As. CM., 20.06.2007 gün, 481/454): Çetin, **a.g.e.**, s. 192, dn. 567.

çarpılması suretiyle bulunuyorsa; o sayının iki katının da dörtle çarpılmak suretiyle bulunması gerekir. Buna göre, bir yılın bir katı iki yıla; iki katı da dört yıl olmak gerekir. Bu sonuç ise, Türkçe ve matematik bilgisiyle uyumlu değildir.

İşlenmiş olan suç ile, gidilmesi yasaklanan yer veya yapılması yasaklanan faaliyet arasında bağlantı bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁶¹⁷ Denetimli Serbestlik Yönetmeliği m. 58/3'e göre,

“belirli yerler ve etkinlikler; [...] hükümlünün suç işlemede, suça yönelmesinde ya da zararlı alışkanlıklar edinmesinde veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da [...] hükümlünün yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerdir”.

Belirtmek gerekir ki, bu yaptırımla, negatif bir yükümlülük, başka bir deyişle, kaçınma edimi yüklenmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında, sanığın “belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine” karar verilebilmektedir (CMK, m. 231/8-c). Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında, TCK m. 50/1-d'deki seçenek yaptırımdan farklı olarak, pozitif bir yükümlülük, aktif bir ödev yüklenebilmektedir.⁶¹⁸

Özgenç, bu yaptırıma örnek olarak, “alkol tüketiminin yapıldığı yerlere gitmekten yasaklanma”yı ve spor müsabakaları sırasında şiddet kullanmaktan veya hakaret etmekten dolayı mahkûm olunan hapis cezasının “spor müsabakalarına katılmaktan yasaklanma”ya çevrilmesini vermektedir. İşlenen suç ile hükmolunan yaptırım arasında bağlantı bulunması konusunda Çetin, aşağıdaki mahkeme kararını, örnek olarak göstermektedir:

⁶¹⁷ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 598. Ayrıca; Çetin, **a.g.e.**, s. 193.

⁶¹⁸ Bkz.: Çetin, **a.g.e.**, ss. 190-191. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da, “[TCK'nın 50/1-d maddesindeki] tedbirlerden her ikisi de ‘bir şeyi yapmaktan yasaklanma’ biçimindedir. Aksine (d) bendi uyarınca ‘bir şeyi yapma’ tedbirine karar verilmesi olanaklı değildir” ifadelerine yer verilmiştir: CGK, 29.04.2008 gün, 7-80/93: Çetin, **a.g.e.**, s. 191, dn. 563.

“Usulsüz bilet satmak suçu nedeniyle sanığa 5149 Sayılı Kanun’un 20/1, TCK’nın 62. maddeleri gereğince verilen 5 ay hapis cezası müddeti kadar, İstanbul ili içinde spor müsabakaları oynanan stad ve salonların çevresine yüz metre mesafeye kadar yaklaşımdan yasaklanma cezasına çevrilmesine”⁶¹⁹

Çetin’in işaret ettiği gibi, bu yaptırıma karar verilirken, yapılması hukukî olarak zaten yasaklanmış etkinlikleri yapmaktan veya gidilmesi hukuken zaten yasak olan yerlere gitmekten yasaklamaya karar verilmemelidir. Yargıtay’a göre, bıçak taşımak, bu yaptırım bakımından bir “etkinlik” sayılamaz⁶²⁰; yine, yaşı itibariyle zaten içkili yerlere gitmesi yasak olan bir kişiyi içkili yerlere gitmekten yasaklamak yasal değildir⁶²¹. Ayrıca, sosyal ve ekonomik durumu itibariyle yurt dışına çıkma ihtimali düşük olan bir kişi hakkında bu yolda bir yaptırıma hükmedilmesi, kişinin fiilinin yaptırımsız kalması anlamına gelebilecektir.⁶²²

İngiltere’de, “belirli yerlere girmekten men edici yükümlülük” ve “belirli faaliyetten men edici yükümlülük”, toplum içerisinde cezalandırma hükmü kapsamında başvurulabilecek on iki yükümlülük arasında ayrı ayrı düzenlenmiştir.

İngiltere’de, belirli yerlere girmekten men edici yükümlülük, CAY 2003, m. 205’te düzenlenmiştir. Belirtilen yükümlülük, suçlunun, hükümde belirtilen yere, hükümde belirtilen ve 2 yıldan fazla olmayan zaman süresince girmesini yasaklar. Girme yasağı bir bölge için de öngörülebilir.

Belirli faaliyetten men edici yükümlülük, CAY 2003, m. 203’te düzenlenmiştir. Buna göre, belirli faaliyetten men edici yükümlülük, suçluyu, hükümde belirtilen gün veya günlerde yahut dönemde, yine hükümde belirtilen faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmak zorunda bırakır.

⁶¹⁹ Kadıköy, 3. Sulh CM., 28.12.2007 gün, 1481/1841: Çetin, **a.g.e.**, s. 193, dn. 573. Çetin, mahkemenin, bu kararda, ilgili yaptırımdan “ceza olarak” söz etmiş olmasına dikkat çeker.

⁶²⁰ 2. CD., 23.12.2008 gün, 12198/ 22687: Çetin, **a.g.e.**, s. 192, dn. 564.

⁶²¹ 6. CD., 03.10.2007 gün, 12670/ 9785: Çetin, **a.g.e.**, s. 192, dn. 565.

⁶²² Çetin, **a.g.e.**, ss. 192 ve 194.

Mahkeme, suçlunun onsekiz veya daha fazla bir yaşta olması halinde, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisine, onsekiz yaşından küçük suçlular söz konusu olduğunda ise, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisine veya bir genç suçluluğu takımı üyesine danışmadan, belirli faaliyetten men edici yükümlülük emredemez.

Suçlunun, ateşli silah taşımaktan, otomobil kullanmaktan veya belirli kişilerle bir araya gelmekten men edilmesi, bu yükümlülüğe örnek olarak gösterilebilir.⁶²³

E. Ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (TCK, m. 50/1-e)

Kısa süreli hapis cezası, TCK m. 50/1-e'ye göre,

“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”

çevrilebilir.

Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d) yaptırımında olduğu gibi, ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e) yaptırımının da süresi, “mahkûm olunan cezanın [süresinin] yarısından bir katına kadar”dır. Böylece, bu yaptırımın da süresi, kendisinden çevrilmiş olduğu hapis cezasının süresini geçemez.

Özbek ve diğerlerinin ifadelerinden, anılan yazarların, hak ve yetkinin kötüye kullanılmasının ehliyet ve ruhsat belgeleriyle; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasının ise bir meslek veya sanatın icrasıyla ilgili olduğu şeklinde bir ayırım yaptıkları anlaşılmaktadır.⁶²⁴ Centel/Zafer/Çakmut ve

⁶²³ Cavadino, Dignan, a.g.e., s. 136.

⁶²⁴ Özbek vd., a.g.e., s. 555.

Özgenç ise, hem hak ve yetkinin kötüye kullanılmasının hem de dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasının hem ehliyet ve ruhsatla hem de meslek ve sanatla ilgili olabileceğini kabul etmektedirler.⁶²⁵ Kanaatimizce, hem 50 nci madde metni hem de gerekçesi, ikinci görüşü kabul etmeye daha müsaittir.⁶²⁶

Çınar'a göre,

“suçun, ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın yerine getirilmesiyle bağlantılı olması gerekir. Açıklandığı biçimde, suçla bağlantılı olmak koşuluyla, her türlü ehliyet ve ruhsat geri alınabilir. Yine, suçun, yapılan meslek ve sanatla ilgili olması koşuluyla her türlü meslek ve sanatın yasaklanması söz konusu olabilir.”⁶²⁷

Kanaatimizce Çınar'ın görüşleri isabetlidir. Ancak, Yargıtay'a göre,

“bu fıkrada yazılı olan ehliyet ve ruhsat; bir meslek ve sanatı yapmaya yetki veren belge anlamında olup, sürücü belgesi bu kapsamda değerlendirilecek bir belge olarak kabul edilemez. Çünkü aynı Kanunun 53/6 maddesinde, açıkça sürücü belgesinden bahsedildiği halde, bu fıkrada ehliyetten söz edilmektedir. Ancak sürücü belgesi olmadan bir mesleğin yapılamayacak olması halinde sürücü belgesinin bu fıkrada düzenlenen ehliyet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.”⁶²⁸

Hafizoğulları/Özen ve Özgenç, TCK m. 179/2'ye göre tehlikeli araç kullanılarak trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunu işleyen bir kişinin

⁶²⁵ Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 599; Özgenç, **5. bası**, s. 615.

⁶²⁶ Madde gerekçesine göre; “ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklama seçeneği yaptırımlarına başvurulabilmesi, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması veya gerektirdiği dikkat özen yükümlülüğüne aykırı davranılması koşuluna bağlanmıştır”.

⁶²⁷ Çınar, **a.g.e.**, s. 53.

⁶²⁸ 2. CD., 06.12.2006, 8127/19736: Çetin, **a.g.e.**, s. 201, dn. 592. Yine, Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin başka bir kararında (2. CD, 09.10.2007, 9565/ 12771), “bu fıkrada yazılı olan ehliyet ve ruhsatın bir meslek ve sanatı yapmaya yetki veren belge anlamında değerlendirilmesi gerektiği, sürücü belgesinin ise aynı kanunun 53. maddesinin 6. fıkrası da nazara alınarak bu belgelerden kabul edilemeyeceği” belirtilmiştir: Çetin, **a.g.e.**, s. 201, dn. 591. Aynı dairenin başka bir kararında (2. CD., 31.10.2007, 7009/1137) ise, “[...] Şoförlüğü meslek edindiği tespit edilemeyen ve işçi olup bu işi yapması için sürücü belgesine ihtiyacı olmayan sanığa tayin olunan hapis cezasının, 5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yazılı olan seçeneğe yaptırıma çevrilemeyeceği, ancak, diğer bentlerde yazılı seçeneğe yaptırımlardan herhangi birisine çevrilebileceği” belirtilmiştir: Çetin, **a.g.e.**, s. 201, dn. 592.

sürücü belgesinin, hapis cezasına seçenek olarak geri alınmasına hükmedilebileceğini belirtmektedirler.⁶²⁹ Yine, Özgenç, trafikte dikkatsiz ve özensiz bir şekilde araç kullanan kişinin, taksirle yaralama suçu işlemesi halinde mahkum edileceği hapis cezasının, “kişinin **sürücü belgesinin** belirli bir süre **geri alınması** tedbirine çevrilebilece[ğini]” ifade etmektedir.⁶³⁰

Bu konuyla ilgili olarak çözülmesi gereken bir mesele, TCK m. 50/1-e’de düzenlenen bu yaptırım ile, TCK’nın birinci kitabının üçüncü kısmının “Güvenlik Tedbirleri” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlıklı 53 üncü maddenin 6 ncı fıkrasında yer alan düzenleme arasındaki ilişkidir. TCK m. 53/6 şu şekildedir:

“Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.”

Muhtemeldir ki, m. 53/6 düzenlemesi yapılırken, bu kurumun işletilebilmesi için öncelikle hapis cezasına veya adlî para cezasına mahkum olunmuş bulunmak gerekliliğine inanılmıştır. Fıkranın son cümlesinde de yasaklamanın ve geri almanın hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe gireceği ve sürenin, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlayacağı belirtilirken, infaz edilecek bir “ceza”dan bahsedilmiştir. Madde 50/1-e’deki yaptırım ise, Kanun’da, tedbir olarak adlandırılmıştır. Böylece, ihtimal, bu iki kanunî düzenlemenin birlikte uygulanabileceğinin nazara alınmamış olmasıdır.

Kanaatimizce, TCK’nın 53 üncü maddesinin altıncı fıkrasındaki yaptırımın bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi halinde, ki biz bu yaptırımın cezadan ziyade güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesinin daha uygun olduğu

⁶²⁹ Hafizoğulları, Özen, a.g.e., s. 476; Özgenç, 5. bası, s. 615.

⁶³⁰ Özgenç, 5. bası, s. 615. Vurgular, yazara aittir.

düşüncesindeyiz, m. 50/1-e'deki seçenek yaptırım ile birlikte uygulanması, teorik olarak mümkündür. Ancak, uygulamada, "amaca uygunluk" bakımından, bu iki kurumun birlikte işletilmesine dikkat edilmelidir. 53 üncü maddenin altıncı fıkrasındaki yaptırım, "güvenlik tedbirleri" başlıklı ikinci Bölüm altında düzenlenmiştir ve madde gerekçesinde, bu yaptırımın güvenlik tedbiri olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak, Bölüm başlığı ve madde gerekçesi, nihayetinde, birer yorum vasıtasıdır ve bağlayıcı değildir. Diğer taraftan, belirtilen yaptırımın güvenlik tedbiri sayılmasına gerekçe olarak gösterilebilecek hususlar, Bölüm başlığıyla ve madde gerekçesiyle sınırlı değildir. Bu yaptırım, cezası TCK'nın 61 inci maddesine göre zaten belirlenmiş olan bir suç bakımından, Kanun'daki ifadeyle, "karar verilebilecek" olan bir yaptırımdır. 61 inci maddeye göre, "failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı" da (m. 61/1-f) göz önünde bulundurulurken temel ceza belirlenmiş (m.61/1); suçun bilinçli taksirle işlenmiş olması halinde yapılacak olan artırım da belirlenen bu ceza üzerinden yapılmıştır (m. 61/2). Böylece, haksızlığın bir gerçekleştirilme şekli olarak taksirin türüne ilişkin değerlendirme ve kusur değerlendirmesi, zaten yapılmıştır. 53 üncü maddenin 6 ncı fıkrasındaki yaptırıma karar verilirken, failin tehlikeliliği, toplumun ve failin korunması dikkate alınacaktır. 53 üncü maddenin 6 ncı fıkrasındaki yaptırım, işlenen suçun karşılığı olmaktan ziyade, korumaya yönelik bir yaptırım olarak değerlendirilmelidir. Çetin'e göre de,

"TCK'nın 53/6. maddesi gereğince, hüküm altına alınabilecek olan yaptırım bir ceza değil, cezanın yanı sıra hükmolunabilecek olan bir [güvenlik] tedbir[i]dir. Burada, taksirli bir suç nedeniyle toplumsal korunmaya yönelik bir tedbir söz konusudur"⁶³¹

53 üncü maddenin 5 inci ve 6 ncı fıkralarında düzenlenen hak mahrumiyetleri ve ehliyetsizliklerin "niteliği itibariyle güvenlik tedbiri" olduğunu ve amaçlarının "kişiyi bazı haklardan mahrum ederek suç işlenmesini önlemek" olduğunu belirten Soyaslan'a göre, m. 53/1-f'deki "hal bir ceza yaptırımına alternatif bir tedbirdir. Teknik anlamda güvenlik tedbiri değildir. Çünkü bunun

⁶³¹ Çetin, a.g.e., s. 199 ve aynı sayfada, dn. 585.

amacı hükümlüyü cezaevinin kötü koşullarından korumak, sosyal ve ekonomik hayattan koparmamaktır.” Soyaslan’a göre, “53. maddedeki tedbirler hapis cezasına bağlı ferî nitelikte ek bir yaptırımdır. 50/1-e maddede öngörülenler bir ceza yaptırımını yerine geçen ceza veya tedbir olup bağımsız niteliktedir.”⁶³²

F. Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (TCK, m. 50/1-f)

Kısa süreli hapis cezası, TCK m. 50/1-f’ye göre, “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya” çevrilebilir.

Alıcı’nın da belirttiği üzere, “[ç]alışma yapılırken günümüz dünyasında çok değerli olan kişinin vaktinin, normal çalışılan ve okula gidilen saatler dışında alınması bir nevi ceza olarak karşımıza çıkmaktadır”.⁶³³

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımının hizmet etmesi ümit edilen neticelerinden birisi, kişinin suç işlemekle toplum bakımından sebep olduğu zararı ödemesidir⁶³⁴. İkincisi, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımına tâbi tutulan kişinin, edilgen bir şekilde cezasını çekmek yerine etken bir konumda faaliyette bulunmasının, onun ıslâhı açısından fayda getirmesidir. Yine, Dönmezer/Erman’ın işaret ettiği gibi: “[m]üeyyidenin [...], kamuyu suçların önlenmesi hususunda yakinen ilgilendirmiş bulunması da ayrıca bir fayda teşkil etmektedir. Zira böylece kamu âdeta bir gözetim delegesini gibi faaliyette bulunabilmektedir.”⁶³⁵

Bu yaptırımda, kişiden yapıcı davranmasının beklendiği ve bu çabasında kişinin, ona bir toplum işi verilerek, yapıcı bir şekilde desteklendiği söylenebilir.⁶³⁶

⁶³² Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 563.

⁶³³ Alıcı, **a.g.m.**, s. 132.

⁶³⁴ Bkz.: Dönmezer, Erman, C. III, Onikinci Bası, s. 4. Alıcı’ya göre de, çalışma cezasının temelinde, “topluma verilen zararın topluma yararlı bir işte çalışılması suretiyle telafisi düşüncesi yatmaktadır”: Alıcı, **a.g.m.**, s. 132.

⁶³⁵ Dönmezer, Erman, C. III, Onikinci Bası, s. 4.

⁶³⁶ Mikusch, Pilgram, **a.g.m.**, s. 15.

Bu yaptırıma örnek olarak, taksirle işlenen bir trafik suçu karşılığında, trafik kazası mağdurlarının tedavi edildiği bir hastanede çalışmak gösterilebilir.⁶³⁷

Dönmezer/Erman'ın belirttikleri gibi, “bu müeyyidenin etkin bir şekilde işleyip fayda sağlayabilmesi”, “pratik bir takım sorunların çözülmesine ve imkânların tesisi”ne bağlı gözükmektedir”.⁶³⁸

Türk ceza hukuku kapsamında, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı, 5235 sy. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a ve Denetimli Serbestlik Yönetmeliği'ne göre, bir “kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılma”dır (CGTİHK, m. 105; DSY, m. 46/1-a). Ceza İnfaz Tüzüğü'ndeki düzenlemeye göre ise, bu yaptırım, “bir kamu kurumu veya kuruluşunda belirli hizmetlerde” çalıştırılmak suretiyle gerçekleşir (CİT, m. 51/6-a).

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı kapsamında, hükümlü, ücretsiz olarak çalıştırılır (CGTİHK, m. 105/1; CİT, m. 51/6-a). Madde gerekçesine göre, “[h]ükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması [...] söz konusu değildir”. Ayrıca, “kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına karar verilen hükümlülere, çalıştıkları sürece haklarında, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümleri uygulanmaz” (DSY, m. 48/8).

Ceza İnfaz Tüzüğü'nün 51/6-b maddesine göre,

“denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosu, bölgesinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında hükümlülerin ne suretle çalıştırabileceklerine ilişkin olarak bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemeye verilir. Mahkeme bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır”.

⁶³⁷ Dönmezer, Erman, C. III, Onikinci Bası, s. 4.

⁶³⁸ Dönmezer, Erman, C. III, Onikinci Bası, s. 4.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, “diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez” (CGTİHK, m. 105/3; CİT, m. 51/6-c).

Ceza adaleti sistemimizde, çalıştırma yükümlülüğüne, hapis cezasının infazının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarında yer verilmiştir. Buna göre, hapis cezasının infazı ertelenenler bakımından denetim süresi içinde, “[b]ir 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 verilebilir (TCK, m. 51/4-b). Yine, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın, “[bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına” karar verilebilir (CMK, m. 231/8-b).

İki yıl veya daha az süreli bir hapis cezasına mahkûm olan ve hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlle geçiren hükümlülerin, istekleri bulunması hâlinde, kendilerinin, yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, “mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir” (CGTİHK, m. 105/4; CİT, m. 51/6-d). Ancak, bu durumda, “mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama hâlinde, geri kalan ceza aynen çektirilir” (CGTİHK, m. 105/5). Kanaatimizce bu durum bir seçenek yaptırım uygulaması değildir; bir infaz usulüdür. Dolayısıyla, sonuçta infaz edilmiş olan ceza, hapis cezası olacaktır.

Ceza İnfaz Tüzüğü’ne göre, “çalışma süresinin hesabında hükümlünün çalıştığı kurumun bu konudaki mevzuatı esas alınır (CİT, m. 51/6-e).

Denetimli Serbestlik Yönetmeliği’nin “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında sürenin hesaplanması” başlıklı 59 uncu maddesine göre,

“Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infaz süresi, saat hesabıyla belirlenir. Bir gün dört saat olarak hesap edilir. Hesaplama, mahkeme kararında yer alan gün sayısı dört saat ile çarpılarak toplam

çalışma süresi belirlenir. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on, en çok kırk saat çalıştırılır. Yaptırımın infazının tamamlanma süresi, mahkemece verilen toplam ceza süresinin iki katını geçemez. [...] Hükümlünün çalışacağı gün ve saatler şube müdürlüğü veya büroca; kendi işi, aile veya eğitim yaşamı gibi özellikler dikkate alınarak belirlenir.”

Denetimli Serbestlik Yönetmeliği'nin “Çalıştırma yaptırımı veya yükümlülüğünün infazında sanık veya hükümlünün izin ve devamsızlığı” başlıklı 60 inci maddesine göre,

“Çalıştırma yaptırımı veya yükümlülüğünün infazında, hastalık halinde sanık veya hükümlü durumu derhal çalıştığı yerdeki kurumun yetkilisine ya da iş yerindeki sorumlu kişiye; ayrıca denetim görevlisi veya denetleme memuruna bildirerek raporunu ibraz eder. Raporlu olunan süre infazdan sayılmaz. [...] Yangın, deprem, sel, kaza, birinci derece yakınının ölümü, çalışma protokolünün sona ermesi ve benzeri gibi zorunlu haller ile sanık veya hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen bir mazeretinin bulunması halinde çalışılmayan günler infazdan sayılmaz. [...] Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen haller ihlal olarak değerlendirilmez.”

Yine, Denetimli Serbestlik Yönetmeliği'nin “Çalışma protokolünün sona ermesi” başlıklı 61 inci maddesine göre,

“(1) Çalışma protokolünün; şube müdürlüğü ya da büro veya iş yeri tarafından sona erdirilmesinin talep edilmesi halinde, talep eden taraf gerekçesini karşı tarafa bildirir. Sona erdirilmenin; işyeri tarafından talep edilmesi halinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru taraflarla görüşerek öncelikle uzlaşma yolunu dener. Uzlaşmanın mümkün olmaması halinde şube müdürlüğü, büro veya iş yeri tarafından anlaşma ile protokol sona erdirilir.

(2) Çalışma protokolünün sanık veya hükümlü tarafından sona erdirilmesi talep edildiğinde, denetim görevlisi veya denetleme memuru iş yeri ile sanık veya hükümlüyle görüşerek uzlaşma yolunu dener. Uz-

laşmanın mümkün olmaması halinde şube müdürlüğü, büro veya iş yeri tarafından anlaşma ile protokol sona erdirilir.

(3) Çalışma protokolünün sona ermesi halinde bu Yönetmeliğin 57 nci maddesindeki işlemler yapılır.”

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımına çevirmede hükümlünün gönüllü olması esastır. Alıcı'nın belirttiği gibi, “[h]ükümlünün çalışmaya hazır ve razı olduğu ceza, çok daha etkili ve anlamlıdır”.⁶³⁹ Yine bu onay, hükümlünün rehabilitasyonunun başarısına hizmet edecektir.⁶⁴⁰ T.C. Anayasası'nın “zorla çalıştırma yasağı” başlıklı 18 inci maddesinde, birinci fıkra, “hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.” ifadelerinden ibarettir. Ancak, madde- nin ikinci fıkrasına göre, “şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar [...] zorla çalıştırma sayılmaz.” Özbek ve diğerlerine göre, Anayasa'nın 18 inci maddesinin ikinci fıkrası karşısında, bu yaptırımın gönüllülük esasına bağlanması şart değildir.⁶⁴¹

İngiltere’de, Ceza Adaleti Yasası'nın 199 uncu maddesine göre, ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü, suçlunun 40 ilâ 300 saat arasında çalıştırılmasını ifade eder. Belirtilen maddeye göre, mahkemenin, suçlunun bu işi yerine getirmeye uygun birisi olduğuna kani olması gerekir. Mahkeme, kişinin bu iş görmeye uygun olup olmadığına karar vermeden önce, gerek gördüğü takdirde, uygun bir görevliyi dinleyebilir. Buradaki uygun görevliden maksat, 18 ve üstü yaştaki suçlular söz konusu olduğunda, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisidir. 18 yaşından küçük suçlular söz konusu olduğunda ise, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisi, bir yerel yönetim sosyal hizmetler bölümünden bir sosyal hizmet görevlisi veya bir genç suçluluğu takımı üyesi, uygun görevli sayılır. (CAY, m.199).

Ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü kararında belirlenen iş, 12 aylık bir süreçte tamamlanmalıdır (CAY, m. 200). Ancak, CAY 2003'ün 8 inci Eki'nin 20 inci paragrafına göre, bu sürenin, ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü öngören

⁶³⁹ Alıcı, **a.g.m.**, s. 147.

⁶⁴⁰ Bkz.: Alıcı, **a.g.m.**, s. 147.

⁶⁴¹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 556.

hüküm yürürlükteyken suçlunun veya sorumlu görevlinin başvurması üzerine uygun mahkeme tarafından uzatılması imkânı vardır. Mahkemenin, hüküm kurulduktan beri ortaya çıkan koşullar göz önünde tutulduğunda süre uzatımının adaletin yararına olacağı kanaatinde olması gerekir.

İngiltere’de, ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü, önceden mevcut olan “toplum hizmeti emri”nin (community service order) devamı olan bir düzenlemedir; toplum hizmeti emri, Ceza Adaleti ve Mahkeme Hizmetleri Yasası 2000 ile “toplum cezası emri” (community punishment order) olarak adlandırılmış, sonrasında ise, ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü yürürlüğe girmiştir.⁶⁴²

Belçika’da, “çalışma cezası”, 2002’den itibaren, hapis cezasının ve adli para cezasının yanında, müstakil bir ceza olarak öngörülmüştür. 1994 ile 2002 arasında ise, “kamu yararına çalışma” ismiyle bir uygulama mevcuttur. Ancak, dikkat edilmesi gereken bir husus, Belçika’da 1994’te yasal dayanağını bulan “kamu yararına çalışma”, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında yer bulacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kovuşturma aşamasında, iki halde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya mahkûmiyetin infazının geri bırakılması⁶⁴³ kapsamında, bir şart olarak kamu yararına çalışmaya yer verilebilirdi. 2002’de, kamu yararına çalışmanın tüm türleri ortadan kaldırılır ancak, 2005’te, ceza arabuluculuğu bakımından tekrar düzenleme yapılır. Kamu yararına çalıştırma, sadece soruşturma aşamasında yer bulacak şekilde kalmıştır. Kısacası, Belçika’da, hem -soruşturma aşamasıyla sınırlı kalmak üzere- “kamu yararına çalıştırma” hem de müstakil bir “ceza” olarak “çalışma cezası” mevcuttur. Kamu yararına çalıştırma, soruşturma evresinde, ceza arabuluculuk sisteminde, savcının teklif edebileceği şartlar arasında bulunmaktadır.⁶⁴⁴

Belçika’da, Anayasa’nın 110 uncu maddesiyle, devlet başkanına, hükümlülerin cezalarının bir kısmını veya tamamının infazını kaldırma yetkisi (genade) verilmiştir. Cezanın kaldırılması, şarta bağlı olarak verilebilir ve bu

⁶⁴² Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 133’te şekil 5.1, s. 137 ve s. 183’te not 14 ve 20.

⁶⁴³ Belçika’da, adli para cezasının ertelenmesi de mümkündür: Alıcı, **a.g.m.**, s. 138.

⁶⁴⁴ Alıcı, **a.g.m.**, s. 134, 136 ilâ 140.

şartlar arasında, “kamu yararına çalışma” da bulunmaktadır; ancak bu durum, Belçika’da, yasal dayanağı olmaması nedeniyle eleştirilmektedir.⁶⁴⁵

Belçika’da, çalışma cezası, asliye ceza (correctionele zaken) ve sulh ceza (politiezaken) davalarında uygulanabilir. Çalışma cezasının hapis cezasıyla birlikte verilmesi mümkün değilken; adli para cezasıyla birlikte hüküm altına alınması yasaklanmış değildir. Hâkim, çalışma cezasına karar vermesi halinde, kararında, bu cezanın yerine getirilmemesi halinde infaz edilecek hürriyeti bağlayıcı cezayı ya da adli para cezasını da belirtmek zorundadır. Ceza kanununda, her suç için kaç saat çalışma cezası verilebileceği teker teker gösterilmemiştir. Kanunda, çalışma cezasıyla ilgili özel bir bölüm açılmış ve genel ilkeler buraya yerleştirilmiştir. Çalışma cezasının verilemeyeceği kanun maddeleri, Belçika Ceza Kanununda açıkça belirtilmiştir. Sabıkalı kişiler için de çalışma cezası verilebilir. Çalışma cezası verilirken, hüküm öncesi rapor ve sosyal araştırma raporu alınması zorunlu değildir, takdirîdir⁶⁴⁶. Sanığın, bizzat veya avukatı aracılığıyla, çalışma cezasını kabul ettiğine dair onay vermesi gerekmektedir. Hâkimin, karar vermeden önce, sanığı, çalışma cezasıyla ilgili olarak aydınlatması gerekir. Çalışma cezası, sulh ceza davalarında 20 ilâ 45 saat; asliye ceza davalarında 46 ilâ 300 saat arasında verilebilir ve kararın kesinleşmesinden itibaren 12 ay içinde tamamlanması gerekir. Bu süre, *Probasyon Komisyonu* tarafından re’sen ya da hükümlünün talebi ile uzatılabilir. Çalışma, ücretsiz olarak yerine getirilir.⁶⁴⁷

Hükümlünün çalıştırılabileceği yerler, kamu kurumları, kâr amacı gütmeyen dernekler ve vakıflarla sınırlıdır. “Adalet evleri”, Türkiye’deki denetimli serbestlik şube müdürlüklerine karşılık gelmektedir.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Alıcı, **a.g.m.**, s. 141.

⁶⁴⁶ Alıcı, Beyens’e atıfla, sosyal araştırma raporunun istenmesinin zorunlu olmayışının, “suçu işleyen kişi endeksli bir bakış açısından ziyade, işlenen eylem endeksli bir bakış açısının daha ön planda olduğunu ve bu durumun klasik cezalandırma anlayışına uygun” olduğunu belirtmektedir: Kristel Beyens, “De werkstraf als hedendaagse straf”, **Panopticon**, S. 27 (4), Y. 2006, ss. 7-18, s. 16’ya atıf yapan: Alıcı, **a.g.m.**, s. 161.

⁶⁴⁷ Alıcı, **a.g.m.**, ss. 145-148, 153, 156, 160.

⁶⁴⁸ Alıcı, **a.g.m.**, s. 148.

Çalışma cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmemesi hâlinde, bu cezanın yerine adli para cezası veya hapis cezası verilir. Adli para cezasının veya hapis cezasının infazında, çalışma cezasının ne kadar yerine getirilmiş olduğunun dikkate alınması zorunludur; ancak, adli para cezasının veya hapis cezasının ne kadar infazının çalışma cezasının ne kadar infazına karşılık geleceğinin düzenlenmemiş olması, farklı uygulamalara sebep olmuştur. Bu durum, keyfilik ve cezaların kanunîliği tartışmasını beraberinde getirmiştir. Alıcı'ya göre, açık bir dönüşüm kuralının varlığı, cezaların kanunîliği ilkesinin bir gereğidir.⁶⁴⁹

Çalışma cezası, ceza siciline kaydedilir. Ancak, sicildeki çalışma cezasına, polis, mahkemeler, savcılık ve soruşturma hâkimi ulaşabilir; polis dışındaki idarî makamlar ulaşamaz. Dolayısıyla, hükümlünün idareye yapacağı iş başvurusunda, bu sabıka kaydı gözükmeyecektir.⁶⁵⁰

Alıcı, Belçika'da uygulanan çalışma cezasıyla ilgili olarak şunları kaydetmektedir:

“Çalışma cezasının mültifonksiyonel karakteri sayesinde tüm taraflar çalışma cezasında kendilerinden bir parça bulmaktadırlar. Bu çalışma cezasının sayısal olarak başarılı olması altında yatan başlıca nedendir. Çalışma cezasına tercih ve diyalog imkanı tanınmakta, yargıç bu yaptırımı, kamu yararına çalışmanın aksine ceza olarak kabul etmekte, toplum kendisi adına yapılan bir infazdan yararlanmakta ve geri dönüşü görmekte, çalışma cezasının yerine getirildiği yer de topluma katkı sağlayabilme ve insanın topluma tekrar dönüş yapmasında pay sahibi olmaktadır.”⁶⁵¹

Danimarka'da, toplum hizmeti, bir yaptırım olarak değil, erteleme kararına eklenebilecek bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Danimarka Ceza Kanunu'na göre, Mahkeme, ertelemenin “yetersiz” görülmesi hâlinde, ertele-

⁶⁴⁹ Alıcı, **a.g.m.**, ss. 150-151.

⁶⁵⁰ Alıcı, **a.g.m.**, s. 153 ve 161. Alıcı, sabıka kaydında yer alan adli para cezasından daha ağır bir yaptırım olan çalışma cezasının, sabıka kaydında yer almamasının eleştirildiğini ifade etmektedir: Alıcı, **a.g.m.**, s. 161.

⁶⁵¹ Alıcı, **a.g.m.**, s. 161.

meyi, mahkûmun belli bir süre toplum hizmetinde bulunması şartına bağlayabilir. Ertelemenin “yetersiz” görülmesinden anlaşılan, onun, uygun şekilde cezalandırıcı mahiyette görülmemesidir. Böylece, toplum hizmetinin uygulama alanı, hapis cezasıyla cezalandırılmayacak davalarla sınırlıdır. Toplum hizmeti emri için belirlenmiş olan ana alan, soygun dışındaki malvarlığına ilişkin suçlar ve “joy riding”^{*}dir. Toplum hizmeti emri, bir para cezasıyla veya kısa bir hapis cezasıyla birleştirilebilir. Sarhoşken araç kullanmak söz konusu olduğunda, toplum hizmeti emrinin para cezası içereceği düşünülür. Yerine uygulanabileceği hapis cezası bakımından kanuni bir üst sınır öngörülmemişse de, toplum hizmeti, normalde, birbuçuk yıl ve daha kısa süreli hapis cezalarına alternatif olarak uygulanır.⁶⁵²

Danimarka düzenlemesine göre, duruşmadan önce, suçlunun toplum hizmeti emri için uygun bulunduğu, yerel denetimli serbestlik merkezince hazırlanan hüküm öncesi raporla tespit edilmiş olması gerekir. Suistimal (ilaç vs.) problemi olan veya uzun süredir işsiz olan suçluların uygun görülme ihtimali nispeten azdır. Hüküm öncesi rapor, suçlunun, bir toplum hizmetini başarıyla yerine getirme konusundaki motivasyonunu içerir; bu, suçlunun gayri resmî rızası anlamına gelir. Toplum hizmeti söz konusu olduğunda, yerel denetimli serbestlik merkezince suçluya nezaret edilmesi şarttır. Toplum hizmeti emrinin şartlarını ihlâl eden suçlu, rapor edilir. İlk defa gerçekleşen ufak ihlaller, Hapishaneler ve Denetimli Serbestlik Servisi’nce yapılacak bir uyarıyla sonuçlanabilir. Ancak, daha ciddi ihlaller, mahkeme tarafından ele alınır. Mahkeme, hapis cezası uygulamaya veya ertelemeyi idame ettirmeye karar verebilir. Ertelemenin idamesiyle birlikte, toplum hizmeti süresinin ve denetimli serbestlik süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Mahkeme, hapis ceza-

* Rızasız olarak alınmış bir araçla, belli bir amaç olmaksızın, sadece zevk için dolaşma. İngiliz hukukunda, bu, aracın sahibini devamlı surette mahrum etme niyeti kanıtlanmadığı için, hırsızlık suçu olarak kabul edilmez; motorlu araçlar bakımından, burada, hırsızlık yerine, “rızasız alma” suçunun varlığı kabul edilir: **Wikipedia The Free Encyclopedia**, (Erişim) [http://en.wikipedia.org/wiki/Joyride_\(crime\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Joyride_(crime)), 8 Nisan 2012.

⁶⁵² Britta Kyvsgaard, “Community Sanctions and Measures in Denmark”, Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 139-158, s. 146.

sı uygulamaya karar vermesi hâlinde, mahkûmun toplum hizmeti emrini ne ölçüde yerine getirmiş olduğunu dikkate almalıdır.⁶⁵³

İspanya'da, toplum hizmeti emri, kısa süreli hapis cezalarına alternatif olarak düzenlenmiştir. Haklardan mahrum edici cezalar içerisinde düzenlenen bu yaptırım, suçlunun açık rızasını gerektirmektedir. 1995 İspanyol Ceza Kanunu, ağır, daha az ağır ve hafif olmak üzere, üç türlü suç ve ceza öngörmüştür. Toplum hizmeti emri, sadece, daha az ağır ve hafif suçlar bakımından uygulanabilir. Bu emir, müstakil bir ceza olarak düzenlenmemiştir; hafta sonu hapislerine ve ödenmeyen para cezalarından kaynaklanan hapis cezalarına ikame olarak düzenlenmiştir. Bir hafta sonu çekilecek hapis, iki günlük işe; bir günlük hapis cezası, bir günlük işe denk sayılmaktadır. Bir günde görülecek iş saati, dört ilâ sekizdir. Toplum hizmeti emrine uymamak, yeni bir suç teşkil etmez. Mahkeme, emri kaldırabilir ki bu, orijinal hapis cezasının çekilmesi gerektiği anlamına gelir. Ancak, bu durumda çekilecek hapis cezasının ölçüsü, çalışılmamış olan saatlere göre belirlenir. Toplum hizmetine uygunluk kriterine gelince; bu yaptırım, ilk defa suç işlemiş olan ve suçla meydana gelmiş zararı ücretsiz çalışarak onarmak isteyen suçlular için düşünülmüştür. Mevzuat, suçluların, işte hazır bulunmalarını ve kurallara ve düzenlemelere uymalarını engelleyecek şekilde hayatlarının istikrarsız olacağı bir duruma sokulmalarını tavsiye eder.⁶⁵⁴

İsviçre'de, toplum hizmeti, çok kısa süreli hapis cezalarının bir infaz biçimi olarak düzenlenmiştir. Böyle bir hapis cezasının, toplum hizmetinde bulunarak çekilmesine karar verme yetkisi, mahkemede değil, yerel hükümettedir (kanton hükümeti).⁶⁵⁵

⁶⁵³ Kyvsgaard, **a.g.m.**, ss. 146-147.

⁶⁵⁴ M. Dolores Valles Port, "Community Sanctions and Measures in Spain and Catalonia", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 511-534, s. 517.

⁶⁵⁵ Martin Killias, "Community Service in Switzerland: Implementation, Recidivism and Net-Widening. Experimental evidence as an alternative to speculation", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 535-549, ss. 535-536'da.

Avusturya'da, ceza muhakemesi sisteminde, toplum hizmeti, denetimli serbestlik ile ve mahkeme dışında uzlaşmayla birlikte, suç teşkil ettiğinden şüphe edilen davranışa karşılık yetkili otoriteler tarafından uygulanan alternatif bir müdahaleci tedbir olarak görülmüştür. Bu tedbirler, itham edilen kişilerin rızalarıyla kabul ettikleri ve resmî mahkeme süreçlerinin ve belirtilen süreçlerin muhtemel bir mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmasının yerine geçen tedbirlerdir.⁶⁵⁶

Bu nev'iden bir alternatif tedbir olarak toplum hizmeti, özellikle, orta şiddette olduğu düşünülen suçlarda ve alternatif tedbirin, bir değerler bilincini aktarmak bakımından hapis cezasından daha uygun gözüktüğü, tekrarlanan suçlarda uygulanır. Arada sırada, bu tedbirle birlikte, sebep olunan zararın tazmin edilmesine de karar verilir. Bu "diversiyon" yöntemi, genellikle bir görevlinin nezaretinde yürür. Görevli, savcılık tarafından, Denetimli Serbestlik ve Sosyal Çalışma Kurumu'ndan (VBSA*) talep edilir. Bu kurum, yargısal ve siyasî kurumlara doğrudan bağlı değildir. Görevli, itham edilen kişiyle ve bu kişinin, bünyesinde toplum hizmeti yerine getirdiği kurum yetkilileriyle istişarede bulunur.⁶⁵⁷

Rusya Federasyonu'nda, 1996 Ceza Kanunu'nda, çalışma cezası, müstakil yaptırım olarak düzenlenmiştir. Bu ceza, "ıslâh edici çalışma"^{**} ve "zorunlu çalışma"^{***} olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁶⁵⁸

Islâh edici çalışma ve zorunlu çalışma, müstakil cezalar olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, para cezasını ödemekten kötü niyetle ve kastî olarak

⁶⁵⁶ Mikusch, Pilgram, **a.g.m.**, s.18.

* "Verein für Bewährungshilfe und Soziale Arbeit": Mikusch, Pilgram, **a.g.m.**, s. 41.

⁶⁵⁷ Mikusch, Pilgram, **a.g.m.**, ss. 16, 19 ve 41.

** Tarbagaev tarafından, İngilizce'ye, "correctional work" olarak çevrilen ifade: Alexei Tarbagaev, "Community Sanctions in Russia: Past, Present and Prospects", Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout (ed.), **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Freiburg, 2002, ss. 477-509, s. 505.

*** Tarbagaev tarafından, İngilizce'ye, "compulsory work" olarak çevrilen ifade: Tarbagaev, **a.g.m.**, s. 506.

⁶⁵⁸ Tarbagaev, **a.g.m.**, ss. 477-478, 505-506.

kaçınma hâlinde, para cezası, zorunlu çalışmaya, ıslâh edici çalışmaya veya “toplumdan soyutlama*”ya çevrilir.⁶⁵⁹

Islâh edici çalışma, mahkûmun işyerinde, iki ilâ yirmidört ay yerine getirilir. Kişinin kazancının % 5 ilâ 20 si devlet lehine kesintiye uğratılır. Kötü niyetli ve kastî olarak kaçınma hâlinde, mahkeme, ıslâh edici çalışmayı üç çeşit yaptırımla ikame edebilir. Bu yaptırımlar; “özgürlüğün kısıtlanması**”, “toplumdan soyutlama” ve “hapsetme” dir. Böyle bir ikamede, bir günlük özgürlük kısıtlaması, bir günlük; bir günlük “toplumdan soyutlama”, iki günlük; bir günlük hapis ise üç günlük ıslâh edici çalışma karşılığıdır.⁶⁶⁰

Rusya Federasyonu 1996 Ceza Kanunu’nun 49 uncu maddesine göre, zorunlu çalışma, mahkûmun, asıl işinden veya tahsilinden arta kalan zamanlarda, ücretsiz olarak “halk için çalışma”*sı şeklinde infaz edilir. Bu yaptırıma, belediye organları nezaret eder. Zorunlu çalışmanın türü, yerel makamlarca belirlenir. Tarbagaev, ücretsiz çalışmanın topluma ve sosyal menfaatlere saygıyı geliştirmesi gerektiği yönündeki bilimsel düşüncenin, mevzuatı oluşturanlar tarafından da desteklendiğini; bunun için, zorunlu çalışmanın, belirli bir organizasyonun veya kişinin (mesela, suç mağdurlarının) yararına değil, toplum yararına infaz edilebileceğini belirtir. Zorunlu çalışma, 60 ilâ 240 saat sürer. Bir günlük çalışma süresi, dört saati geçemez. Zira, mahkûmun asıl işine veya tahsiline ve dinlenmesine vakit kalmalıdır. Meşgul olunan iş, cad-deleri ve parkları temizlemek gibi, özel bir hazırlığa veya niteliğe ihtiyaç gös-

* Tarbagaev tarafından İngilizce’ye “arrest” olarak çevrilmiş olan ifade. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; hükümlünün, toplumdan sıkı bir şekilde soyutlanacak şartlar altında, bir ilâ altı ay arasında tutulmasını ifade eder. Zorunlu çalışma veya ıslâh edici çalışma, bu yaptırım ile yer değiştirdiğinde, bu yaptırım, bir aydan kısa olmayacak şekilde uygulanır: *The Criminal Code Of The Russian Federation*, (Erişim) <http://www.russian-criminal-code.com/PartI/SectionIII/Chapter9.html>, 8 Nisan 2012.

⁶⁵⁹ Tarbagaev, **a.g.m.**, s. 508.

** Rusya Federasyonu 1996 Ceza Kanunu’nun 53 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; hüküm tarihinde onsekiz yaşına varmış olan mahkûmun, özel bir kurumda, toplumdan soyutlanmaksızın gözetim altında tutulmasını ifade eder: *The Criminal Code Of The Russian Federation*, (Erişim) <http://www.russian-criminal-code.com/PartI/SectionIII/Chapter9.html>, 8 Nisan 2012.

⁶⁶⁰ Tarbagaev, **a.g.m.**, s. 506.

* Tarbagaev tarafından, İngilizce’ye, “public work” olarak çevrilmiş olan ifade: Tarbagaev, **a.g.m.**, s. 507.

termeyen bir iştir. Zorunlu çalışmadan kötü niyetle ve kastî olarak kaçınma hâlinde, mahkûm, özgürlüğün kısıtlanmasına veya “toplumdan soyutlama”ya tabi tutulur. Bu durumda, sekiz saatlik çalışma, bir günlük özgürlüğün kısıtlanması veya “toplumdan soyutlama” eder. Zorunlu çalışma, ıslâh edici çalışmadan daha yumuşak bir ceza olarak görülmüştür. Zorunlu çalışma, birinci ve ikinci derece hukuka aykırılıklara, hamilelere, sekiz yaşından küçük çocuğu bulunan annelere, ellibeş veya daha fazla yaştaki bayanlara, altmış (emeklilik yaşı) veya daha fazla yaştaki erkeklere ve zorunlu askerî hizmet görenlere uygulanmaz.⁶⁶¹

G. Belirli Faaliyette Bulundurma

Türk Ceza Kanunu sisteminde, hapis cezasının çevrilebileceği seçenek yaptırımlar arasında, “belirli faaliyette bulundurma” yaptırımına yer verilmiştir. Benzer bir yükümlülüğe, yukarıda belirtildiği üzere, CMK m. 231/8 kapsamında, Kanun’un nitelendirmesiyle bir denetimli serbestlik tedbiri olarak “takdir edilecek başka yükümlülük” olarak yer verilmiştir. İngiltere’de, “faaliyet yükümlülüğü”, toplum içerisinde infaz edilen ceza hükmüyle başvurulabilecek on iki yükümlülükten birisi olarak düzenlenmiştir. Bizim aşağıda yer vereceğimiz, “ikâmet mecburiyeti”, “program yükümlülüğü”, “devam merkezi yükümlülüğü” ve “nezaret” de, İngiliz sisteminde, belirtilen on iki yükümlülük arasında ayrı ayrı yer almıştır.

İngiltere’de, Ceza Adaleti Yasası 2003’te, m. 201’de düzenlenen faaliyet yükümlülüğü; şu ikisinden birinin yapılması veya her ikisinin birlikte yapılması suretiyle yerine getirilir: 1- Hükümde (order) belirlenen kişinin veya kişilerin huzurunda, yine hükümde belirlenen yerde veya yerlerde ve belirlenen gün sayısınca bulunmak. Belirlenen yer, ya bir “toplum rehabilitasyon merkezi” olmalı, ya da yerel denetimli serbestlik kurulu tarafından bu iş için uygun görülmüş bir yer olmalıdır. Adı geçen “toplum rehabilitasyon merkezi”, suçluların rehabilitasyonu ile ilgili olarak kullanılmak üzere yatılı olmayan olanakların

⁶⁶¹ Tarbagaev, a.g.m., ss. 506-507.

(facilities) sağlandığı; ayrıca, ilgili hükümlerin uygulandığı kişiler için uygun olanaklar sağladığı bakanlıkça uygun bulunmuş olan bina ve müstemilât olarak anlaşılmalıdır.⁶⁶² 2- Hükümde belirlenen gün sayısınca yine hükümde belirlenen faaliyetlere katılmak, ki bu faaliyetler, onarma amaçlı faaliyetlerden müteşekkil olabilir veya onarma amaçlı faaliyetler içerebilir. Kanun koyucu, onarma amaçlı faaliyetlere örnek olarak, suçlularla onların suçlarından etkilenenler arasında münasebet içeren faaliyetleri göstermiştir. İngiliz Kanun koyucu'nun onarma amaçlı faaliyetlere özel bir vurgu yapmış olmasıyla beraber, faaliyet yükümlülüğü kapsamında, pek tabii ki, suçlunun sosyal ve iletişim becerilerini vesaire geliştirerek suçluların rehabilitasyonunu sağlama amaçlı faaliyetler de öngörülebilir.⁶⁶³ Faaliyet yükümlülüğü için belirlenen gün sayısı toplamı, en fazla altmış gün olabilir.

Mahkemenin faaliyet yükümlülüğü öngörmesi, iki şarta bağlıdır. Birinci şart, danışma şartıdır. Suçlunun onsekiz veya üstü bir yaşta olması halinde, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisine; onsekiz yaşından küçük suçlular söz konusu olduğunda ise, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisine veya bir genç suçluluğu takımı üyesine danışılmalıdır. İkinci şart, mahkemenin, yükümlülüğe uyumun sağlanmasının olanaklı olduğuna kani olmasıdır. Diğer taraftan, yükümlülüğe uyum, suçlu ve suçludan sorumlu görevli haricinde bir üçüncü kişinin işbirliğini içeriyorsa, yükümlülüğün öngörülmesine bu üçüncü kişinin rızası olmadıkça, mahkeme bu faaliyet yükümlülüğünü emrederemez. Böylece, suçluyla mağdurun bu yükümlülük kapsamında bir araya getirilmesi, mağdurun rızasını gerektirir.⁶⁶⁴

Meri ceza hukukumuzda “kısa süreli hapis cezasına seçenek tedbir” olarak öngörülen “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi (m. 50/1-b)” yaptırımında fail tarafından karşılanması gereken zararın

⁶⁶² Cavadino ve Dignan, “toplum rehabilitasyon merkezi”nin, önceden, “denetimli serbestlik merkezi” olarak bilindiğini belirtmektedirler: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 137.

⁶⁶³ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 137.

⁶⁶⁴ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 183, not 19.

maddi zararlar mı sınırlı olduğu, yoksa manevi zararı da mı kapsadığı konusundaki tartışmaya yukarıda yer verilmiştir.

1. İkâmet Mecburiyeti*

İngiltere’de, ikâmet yükümlülüğü, CAY 2003, m. 206’da düzenlenmiştir. İkâmet yükümlülüğü, suçlunun, hükümde belirtilen zaman süresince, yine hükümde belirtilen yerde ikâmet etmesini gerektirir. Hükümde, suçlunun, sorumlu görevliden önceden onay alması koşuluyla, hükümde belirtilen yerden farklı bir yerde kalmasına izin verilebilir. İkâmet yükümlülüğüne hükmetmeden önce, mahkeme, suçlunun ev çevresini değerlendirmeye tâbi tutmak zorundadır. Bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisinin tavsiyesi olmadıkça, mahkeme, suçlunun zorunlu olarak ikâmet edeceği yer olarak, bir hosteli veya başka bir kuruluşu (institution) tayin edemez.

2. Program Yükümlülüğü

İngiltere’de, program yükümlülüğü, Ceza Adaleti Yasası’nın 202 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, program yükümlülüğü, hükümde belirtilen ve akreditasyon kuruluşu tarafından, içinde bulunulan zaman için akredite edilmiş olan bir programa, yine hükümde belirtilen yerde ve gün sayısınca katılma yükümlülüğünü ifade eder. Programın uygulanacağı yer, program yükümlülüklerine tâbi olan kişiler için uygun olan olanaklar sağladığı, yerel denetimli serbestlik kurulu tarafından uygun bulunmuş bir yer olmak zorundadır. Program, sistematik bir faaliyetler serisini; akreditasyon kuruluşu ise, İçişleri Bakanı’nın, bu maddenin amaçları için belirlemeye yetkili olduğu kuruluşu ifade eder.

Akredite edilmiş programlar, belirli grup suçluların ihtiyaçları düşünülerek tasarlanmış olan programlardır; bunlara örnek olarak, cinsel suç faillerinin

* “Residence”

tedavisi (treating) için olan programlar, öfke kontrolü, bilişsel muhakeme ve sarhoş sürücüler için hazırlanan programlar gösterilebilir.⁶⁶⁵

Mahkemenin, program yükümlülüğünü emredebilmesi için, hükümde yer vermeyi düşündüğü akredite programın suçlu için uygun olduğu yönünde bir tavsiye almış olması gerekir. Tavsiye, onsekiz ve üstü yaştaki suçlular için, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisi; onsekiz yaşından küçük olan suçlular içinse, bir yerel denetimli serbestlik kurulu görevlisi veya bir genç suçluluğu takımı üyesi tarafından yapılabilir. Ayrıca, programın, hükümde belirtilmesi düşünülen yerde uygulanmaya hazır olduğuna, mahkemenin kani olması gerekir. Diğer taraftan, yükümlülüğe uyum, suçlu ve suçludan sorumlu görevli haricinde bir üçüncü kişinin işbirliğini içeriyorsa, yükümlülüğün öngörülmesine bu üçüncü kişinin rızası olmadıkça, mahkeme bu program yükümlülüğünü emredemez.

3. “Devam Merkezi” Yükümlülüğü

İngiltere’de, devam merkezi yükümlülüğü, CAY 2003, m. 214’te düzenlenmiştir. Belirtilen yükümlülük, suçlunun, hükümde belirtilen devam merkezine, yine hükümde belirtilen saatçe devam etmesini zorunlu kılar. Öngörülen toplam saat sayısı, 12’den az ama 36’dan çok olamaz. İlk devamın yapılacağı zaman, sorumlu görevli tarafından suçluya bildirilir. Devamın yapılacağı daha sonraki saatler ise, devam merkezinden sorumlu görevli tarafından, suçlunun şartları göz önünde bulundurularak tespit edilir. Suçlunun herhangi bir günde bir seferden fazla devamı emredilemez ve bir sefer üç saatten uzun olamaz.

Geçmişte, tipik olarak, suçluların böyle bir merkeze Cumartesi öğleden sonraları üç saatlik, polis tarafından yürütülen ve fizikî tâlim ve yapıcı işler

⁶⁶⁵ Cavadino, Dignan, a.g.e., s. 137.

(constructive work) içeren birleşimlere katılma zorunluluğu şeklinde bir uygulama olduğu belirtilmektedir.⁶⁶⁶

4. Nezaret*

İngiltere’de, nezaret yükümlülüğü, CAY 2003, m. 213’te düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, suçlunun, ilgili zaman süresince, sorumlu görevliyle veya sorumlu görevli tarafından belirlenmiş olan bir kişiyle, sorumlu görevli tarafından belirlenen zamanda ve yerde bir araya gelmesini mecbur kılar. Nezaret yükümlülüğünün emredilmesiyle güdülen amaç, Kanun’un açıkça belirttiği üzere, suçlunun rehabilitasyonuna katkıda bulunmaktır.

Nezaret yükümlülüğü, geleneksel “denetimli serbestlik emri”nin (“probation order”) bir devamıdır; başka bir anlatımla, “denetimli serbestlik emri”, Ceza Adaleti ve Mahkeme Hizmetleri Yasası 2000 ile “toplum rehabilitasyon emri” (“community rehabilitation order”) olarak anılmaya başlar, ancak daha sonra bunun devamı olarak nezaret yükümlülüğü ortaya çıkar.⁶⁶⁷

Kişisel nezaret, geleneksel olarak toplum içerisinde cezalandırmanın özünü teşkil ederken, CAY 2003 ile birlikte, oniki yükümlülükten bir tanesi haline getirilmiştir.⁶⁶⁸ Bu yükümlülüğün, diğer yükümlülükler yanında da uygulanabileceği, gözden uzak tutulmamalıdır. Nezaret yükümlülüğü, İngiltere’de sayısal olarak en fazla başvurulan yükümlülükler arasındadır.⁶⁶⁹

Ğ. Belirli Zaman Dilimlerinde Belirli Yerde Kalma Yükümlülüğü**

İngiltere’de, belirli zaman dilimlerinde belirli yerde kalma yükümlülüğü, CAY 2003, m. 204’te düzenlenmiştir. Buna göre, belirtilen yükümlülük, suçlu-

⁶⁶⁶ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 136.

* “supervision”

⁶⁶⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 136 ve 183.

⁶⁶⁸ Raynor, **a.g.m.**, s. 1064.

⁶⁶⁹ Bkz.: **Offender Management Caseload Statistics 2008**. Ministry of Justice Statistics Bulletin (Published 31 July 2009), National Statistics Publication produced by the Ministry of Justice, Tablo 3.9.

** “curfew”

nun, hükümde belirtilen zaman dilimlerinde, yine hükümde belirtilen yerde kalmasını/yerden ayrılmamasını gerektirir. Mahkeme, değişik günler için değişik yerler veya değişik zaman dilimleri belirleyebilir ancak herhangi bir güne düşen zaman dilimi 2 saatten az ve 12 saatten fazla olamaz. Yine, belirlenecek zaman dilimleri, hükmün kurulduğu tarihten itibaren 6 ay içerisinde son bulmalıdır. Mahkeme, bu yükümlülüğü emreden bir hüküm kurmadan önce, hükümde belirtilmesi düşünülen yer hakkında bilgi edinmeli ve bu bilgiyi değerlendirmelidir. Bu bilgi, suçlunun oradaki mecburî mevcudiyetinden etkilenmesi muhtemel olan kişilerin konuya bakışını da içermelidir.

SONUÇ

Toplum içerisinde cezalandırmanın gerekçelendirilmesinde/temellendirilmesinde, cezalandırmadaki amaç konusundaki teorilerden hem neticeci yaklaşımların hem de neticeci olmayan yaklaşımların kullanılması mümkündür.

Kanaatimizce, cezalandırmadaki amaca ilişkin teorilerden, ne caydırma, olanaksızlaştırma, ıslâh, rehabilitasyon, karşılığını verme, düzeltme ve onarma teorileri, ne de sosyal teoriler, kendi başlarına cezalandırmanın esasını ve meşruiyetini ve cezalandırmadaki amacı açıklamaya yetmektedir.

Cezalandırmanın esası ve cezalandırmadaki amaç konusundaki görüşümüz, bütüncül görüştür.

Bütüncül görüşte, ceza, suç karşılığında verilen tabiî bir tepkidir; olumsuzluk atfedilen bir davranışla karşılaşan bir kimsenin göstereceği tabiî tepkinin toplumsal uzantısıdır.

İkinci olarak, bütüncül görüşte, cezalandırmadaki genel amaç, iyiliğin hâkim kılınmasıdır. Suç ve ceza kavramları, değer yargısından yoksun kavramlar değildir. Teorik olarak, suç, kötülüğü; suç işlenmemesi, iyiliği; cezalandırma ise, "iyiliğin"/"hak"ın üstünlüğünün vurgulanmasını temsil etmektedir. Başka bir deyişle, her bir cezalandırma, kötülüğün kınanması suretiyle, iyiliğin üstünlüğünün ve hâkimiyetinin teyit edilmesidir. Cezalandırmanın genel amacı, onun bütün amaçlarıyla ilgilidir. Devletin genel amacı ile ceza sisteminin bir bütün olarak amacı ve her bir müşahhas cezalandırmanın amacı, iyiliğin hâkim kılınmasında birleşmektedir.

Üçüncü olarak, ceza, haksızlığın tasvip edilmeyişinin bir ifadesidir ve bu tasvip etmeyişin bir ifade biçimidir. Diğer bir deyişle, ceza, hem bu tasvip etmeyişe işaret eder hem de bu tasvip etmeyişini aktarır. Ceza, hukuk düzeninin teorik olarak en ağır ihlalleri olarak kabul edilen davranışlara yani suçlara ilişkin olmakla, en yüksek derecedeki tasvip etmeyişlerin, en şedit biçimde ifade edilmesidir. Bir başka anlatımla ceza, "suç işleyen kişi açısından bulu-

nulan kusur yargısının maddi bir muhteva kazanmasıdır, müşahhaslaşmasıdır”⁶⁷⁰.

Dördüncüsü, cezanın ölçüsünün belirlenmesinde kusur etkilidir. Kusur, cezanın hem temelini teşkil eder hem de şiddetini tayin eder.⁶⁷¹

Beşincisi, cezanın infazında suçlunun ıslâhı amaçlanır. Islâh, kastettiğimiz anlamıyla, tedaviden ve yeniden topluma kazandırmadan farklı bir kavramdır. Islâh, insana, insanın ruhuna, aklına, iradesine ve diğer özelliklerine hürmetle muamele etmekle gerçekleşir. Kişinin, cezanın özünde bulunan ezayı hissetmesi, insana hürmetsizlik anlamına gelmez. Burada, olumsuzluk, failden ziyade, gerçekleştirdiği davranışa atfedilmektedir. Islâh sonucunda, davranışlara, hislerden ziyade aklın galip gelmesine çalışılır. Böylece, amaç, kişinin ıslâh olarak ceza yaptırımından kurtulmasının yanında, ıslâh olarak, gerçekleştirdiği davranışın kendi üzerindeki olumsuz etkilerinden de mümkün olduğunca kurtulmasının sağlanmasıdır. Islâh, cezasının infazı tamamlanan hükümlü, farazî olarak, bir toplum içerisine dönecek olmasa bile, geçerli olan bir kavramdır. Kişinin, toplumsal kurallara uyum göstermesi, değişik saiklerle gerçekleşebilir. Islâh olmuş kişinin, toplumsal kurallara riayeti, o kişinin, “iyi”yi benimseyerek, içselleştirerek, kanıksayarak tercih etmesindedir.

Onarıcı adalet yaptırımı ile toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, çeşitli yönlerden kısa süreli hapis cezalarıyla karşılaştırılabilir. İnsanın tekemmül etmek konusundaki aslî vazifesi göz önünde bulundurulduğunda, kişinin, toplum içerisinde daha fazla “pratik” yapma imkânı bulabileceğinden bahisle, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, belirtilen aslî vazife bakımından, kısa süreli hapis cezalarına nispetle avantajlara sahip olduğu söylenebilir. Onarıcı adalet yaptırımını yerine getiren kişinin, etken bir konumda, başka bir deyişle aksiyon içerisinde olmasıyla, bu yaptırımın, kişinin ıslahına ve gelişimine hizmet

⁶⁷⁰ Arm. Kaufmann, *Normentheorie*, s. 228’e atıf yapan: Özgenç, **4. bası**, s. 29, dn. 57.

⁶⁷¹ “Kusur prensibine riayet edilmeksizin tatbik edilen cezanın hiçbir meşruluk temeli mevcut değildir. Kusur prensibi, aynı zamanda tatbik edilecek ceza açısından bir sınırlama da ifade etmektedir.”: Özgenç, **4. bası**, s. 575.

etmek bakımından avantajına temas edilmelidir. Başka bir deyişle, onarıcı adalet yaptırımının uygulanmasında, suçlunun aktif bir konumda olmasının ve etken bir şekilde “onarım”ya yönelik faaliyetlerde bulunmasının, kişinin ıslahı ve gelişimi bakımından kısa süreli hapis cezasına nispetle olumlu olduğu belirtilebilir.

Yeniden topluma kazandırma bakımından, yaptırımın, kişinin “kazandırılacağı” toplum içerisinde infaz edilmesinin, toplumdan soyutlanarak infaz edilmesine nispetle daha uygun olacağı düşünüldüğünden, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, kısa süreli hapis cezasına göre, bu cihetten de avantajlı konuma sahiptir.

Kişinin içinde bulunduğu çevrenin onun suçluluğu üzerindeki muhtemel etkileri bakımından karşılaştırıldığında, kişinin hapisanede suçu öğrenme ve suçu kanıksama tehlikesi karşısında, toplum içerisinde kişiye fiilî ve sözlü olarak örnek olabilecek, ona iyi telkinlerde, tavsiyelerde bulunabilecek, kendisine rehberlik edebilecek kişilerle temas imkânının nispeten fazlalığı dikkate alındığında, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, kısa süreli hapis cezalarına nispetle olumlu olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan, caydırıcılık bakımından, kısa süreli hapis cezalarının, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına nispetle, genel olarak daha güçlü olduğu söylenebilir.

Failin kendisini algılama biçimine ve diğer kimselerin faili algılama biçimine tesiri bakımından, hapisaneye girmenin olumsuz niteliklerinin gözden uzak tutulmaması gerekir.

Cezanın iletişim fonksiyonu bakımından, özellikle cezanın belirlenmesi sürecine mağdurun veya üçüncü kişilerin katıldıkları durumların, cezanın ifade ettiği kınama yargısını aktarmak bakımından avantajlara sahip olduğu söylenebilir. Yine, cezanın pozitif önleme etkisi bakımından, uygulanan somut cezadan daha fazla kişinin haberdar olduğu durumların, diğer durumlara nispetle taşıdığı avantaja işaret edilebilir.

Olanaksızlaştırma bakımından, hapis cezasının, “dışarıdaki” kimselere karşı işlenebilecek suçlar cihetinden, toplum içerisinde infaz edilen ceza hu-

kuku yaptırımlarına nispetle, genel olarak daha etkili olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, mahkûmun, hapis hanesindeyken suç işleminin olanaksızlaştırılması ancak hapis hanesinden çıktıktan sonra suç işlemesine ve kendisine karşı suç işlenmesine pek etkili olunamaması hâlinde, hapis cezasının olanaksızlaştırma etkisi konusundaki sorgulama devam etmelidir.⁶⁷² Ayrıca, hem mahkûmun hapis hanesindeki diğer kimselere karşı işleyebileceği suçlar, hem de hapis hanesindeki diğer kimselerin mahkûma karşı işleyebileceği suçlar düşünüldüğünde, mesela, elektronik izlemeli ev hapsinin, hapis hanesinde infaz edilen hapis cezasına göre avantajları vardır. Böylece, mahkûmun güvenliği meselesi de olanaksızlaştırma bağlamında değerlendirilebilecek bir husustur.

Ceza adalet sisteminin imkânları bakımından karşılaştırma kabiliyetinden olmak üzere, hapis hanelerin doluluk oranlarının artırılmasının, hapis cezasının tatbikiyle ulaşılmaya çalışılan amaçlara zarar vermesi ihtimali gözlerden irak tutulmamalıdır.

Hapis hanesine girmenin, özellikle mahkûmun yakınları bakımından ciddi yoksunluklar meydana getirebileceği düşünüldüğünde, cezaların şahsîliği ilkesi bakımından, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının, kısa süreli hapis cezasına nispetle avantajlarının olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce, Türk ceza hukukunda, cezalandırmadaki amaç bakımından, önleme amacının çerçevesi kusur ilkesiyle çizilmiş; böylece önleme amacı yalın haliyle benimsenmemiştir. Zira, bu teorilerin yalın halinde, cezanın ölçüsünün belirlenmesinde, failin kusurundan ziyade, failin tehlikeliliği gibi başka etkenler dikkate alınır.

İlmî tasnif açısından, “müeyyide” ve “yaptırım” kavramları arasında bir ayırım yapmak ve yaptırımı müeyyidenin bir alt başlığı olarak kabul etmek uygun görülmüştür. Buna göre, **müeyyide, hukuk kurallarına uygun veya aykırı hareket için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddi tepkidir.** Yaptırım ise, müeyyidenin hukuka aykırılıklara ilişkin kısmına aittir ve **hukuka**

⁶⁷² Bkz.: Brownlee, a.g.e., s. 37.

aykırı davranışlar için hukuk tarafından öngörülen zorlayıcı maddi tepkidir.

“Müeyyideler” ve “yaptırımlar” konusundaki görüşlerimiz çerçevesinde, Türk hukukundaki onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının birer müeyyide olduğu rahatlıkla söylenebileceken, bu müeyyidelerin **klâsik anlamda** birer yaptırım olup olmadığı konusunda soru işareti vardır. Kanaatimizce, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, ikameli (geçişli/dönüşümlü) yaptırımlar”dır. Zira, **bu yaptırımlar, kendilerine uygun davranılmaması hâlinde, başka yaptırımlara “geçilme”yi mündemiçtir; başka yaptırımlara “dönüştürülme”ye açıktır. Bu yaptırımlar, hem hapis cezasıyla karşılıklı olarak birbirlerini ikame ederler, hem de kendi aralarında ikame edicidirler.**

Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından, Özgenç’in, güvenlik tedbirine ilişkin olarak, **“işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı”**⁶⁷³ şeklindeki tanımı isabetlidir.

İyi bir cezada bulunması gereken özellikler bahsiyle cezanın nitelikleri bahsinin tefrik edilmesi gerekir. Kanaatimizce **ceza, bir suçun karşılığı olan, olumsuz bir değer yargısı içeren, kasıtlı, zecrî ve yoksun kılıcı bir yaptırımdır.** Cezanın, suçun karşılığı olduğunu kabul etmek, onun bir kötülük olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, adil bir ceza, iyilik teşkil etmektedir.

5237 sy. TCK sisteminde, onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, esas itibarıyla, “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığı altında, Kanun’un 50 nci maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, 50 nci maddede yer alan “seçenek yaptırımlar”ı, adli para cezasıyla birlikte, Kanun’daki ifadeyle “seçenek tedbirler”den oluşa-

⁶⁷³ Özgenç, 4. bası, s. 676.

cak şekilde tanzim etmiştir. 50 nci maddede yer alan, adli para cezası dışındaki “seçenek yaptırımlar”, yani, Kanun’un ifadesiyle “seçenek tedbirler”, şunlardır: Onarıcı adalet yaptırımı olarak “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi”; toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları olarak “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme”; “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”; “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma”; “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma”.

50 nci maddedeki “seçenek yaptırım” ifadesi, asıl cezanın hapis cezası olduğu düşüncesinin bir uzantısıdır. Başka bir deyişle, merkeze hapis cezası konulmuştur. Zaten, TCK’nın 45 inci maddesinde, cezalar olarak sadece hapis cezası ve adli para cezası sayılmıştır. 50 nci madde sisteminde, onarıcı adalet yaptırımına ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına müstakil olarak başvurulmamaktadır. 50 nci maddedeki yaptırımlar, hükmedilen hapis cezasının “çevrilmesi” suretiyle uygulanırlar. Diğer taraftan, “seçenek tedbir”in gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde hapis cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmesi (TCK m. 50/6), bu yaptırımların “seçenek” olduğunu bir kez daha teyit etmektedir. Böylece, “seçenek yaptırım” ifadesinin kullanılması, TCK’nın kendi sistemi içerisinde tutarlıdır.

TCK’nın 50 nci maddesinde düzenlenen yaptırımlar, **düzenleniş şekilleri itibarıyla**, hapis cezasından daha hafif yaptırımlar olarak öngörülmüştür. 50 nci maddedeki yaptırımlara, üçüncü fıkradaki çevirme zorunluluğu saklı kalmak üzere, suçlunun, kişilik, sosyal ve ekonomik durum, yargılama sürecinde duyulan pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler itibarıyla, tabir caizse olumlu not alması durumunda başvurulacaktır. Diğer bir anlatımla, 50 nci maddedeki seçenek yaptırımlar, mahkûm olunacak hapis cezasının muadili olarak değil, ağırlık itibarıyla hapis cezasından daha hafif olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu haliyle, yaptırımın bireyselleştirilmesi aracı olan 50 nci madde, yaptırımın bir başka bireyselleştirilme aracı olan 62 nci maddedeki takdiri indirim hükmüne benzemektedir. 62 nci maddede sayılan indirim nedenleri sınırlı tutulmamışken, 50 nci maddedeki sebepler, yukarıda belirttiği-

miz hususlarla sınırlıdır. 62 nci madde, aynı ceza içerisinde bir indirim öngörürken, 50 nci madde, farklı yaptırımlara çevirmek suretiyle bir hafifletme öngörmektedir.

Dikkat çekici olan bir husus, TCK metninde, onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen yaptırımlarla ilgili olarak “güvenlik tedbiri” kavramının değil, sadece “tedbir” kavramının kullanılmış olmasıdır. Kanun’da bunların açıkça “yaptırım” olarak nitelendirilmiş olması, bunların ceza hukuku yaptırımı olduğunun Kanun’dan açıkça anlaşılmasıyla birlikte dikkate alındığında ve ceza hukuku yaptırımlarının cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden ibaret olduğunun belirtildiği⁶⁷⁴ düşünüldüğünde, Kanun’da açıkça belirtilmiş olmasa da, bu yaptırımların Kanun koyucu tarafından güvenlik tedbiri olarak düşünüldüğü sonucuna ulaşılabilir. Nitekim, 5352 s. Adlî Sicil Kanunu’nun 4/1-d maddesinde bu yaptırımlardan açıkça güvenlik tedbiri olarak söz edilmiştir.

Kanaatimizce, 50 nci maddede düzenlenen yaptırımlardan, “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi”, **düzenlenişi itibarıyla**, “onarıcı adalet yaptırımı”na yaklaşmaktadır. Böylece, kanaatimizce, gerçekte, Türk Ceza Kanunu’nda, “üç şeritli” bir yaptırım sistemi kabul edilmiştir. “Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” yaptırımı ise, düzenlenişi itibarıyla, “tedbir” olarak görülmeye daha elverişlidir. Bunların dışında kalan üç yaptırım olarak, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”, “ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma” ve “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” ise, düzenlenişleri itibarıyla “ceza”ya yaklaşmaktadır. “Düzenlenişleri itibarıyla” ibaresini kullanmakta dikkatliyiz, zira, özellikle, belirtilen son üç yaptırım, farklı düzenlemelerle, “tedbir” olarak görülmeye daha elverişli hale getirilebilir. Hatta, belirtmek ge-

⁶⁷⁴ “Suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. Ceza olarak ise sadece hapis ve adli para cezası uygulanacaktır.”: **TCK 45 inci madde gerekçesi**.

rekir ki, bu yaptırımlardan bazıları, farklı düzenlemelerle, “yaptırım” olmaktan ziyade, “yükümlülük” olarak düzenlenebilir.

Kanaatimizce, cezalar ile güvenlik tedbirleri arasında, niceliğe ilişkin olanın ötesinde, nitelik bakımından farklılık vardır. TCK'nın 50 nci maddesi uyarınca, hapis “ceza”sının “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) “yaptırım”ına çevrilmesi söz konusudur. Aynı nitelikteki yaptırımların bir diğerine çevrilmesi ile bir yaptırımın başka nitelikte bir yaptırıma çevrilmesi farklılık arz eder. Başka bir deyişle, bir cezanın başka bir cezaya çevrilmesi ile bir cezanın güvenlik tedbirine çevrilmesi arasında fark vardır. Kanaatimizce, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” yaptırımı, 50 nci maddedeki diğer toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarından farklı nitelik arz etmekle, kısa süreli hapis cezasının 50 nci maddedeki diğer toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevrilmesiyle “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” yaptırımına çevrilmesi farklı nitelik arz etmektedir. Böylece, önermiş olduğumuz “kademeli yaptırım sistemi”nin kabul edilmemesi halinde, belirtilen yaptırımın 50 nci maddedeki toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları kataloğundan çıkarılarak, kısa süreli hapis cezasının belirtilen yaptırıma çevrilmesinin, farklı bir maddede düzenlenmesi isabetli olabilir.

Özellikle çocuk suçluluğu bakımından, ceza adaleti sisteminin yanında, müstakil bir onarıcı adalet sisteminin kurulması uygun gözükmektedir. Ayrıca, cezalar ve güvenlik tedbirleri yanında üçüncü bir kategori olarak onarıcı adalet yaptırımına Kanun'da açıkça yer verilmesini; Türk ceza hukuku sisteminde, kanaatimizce zaten kabul edilmiş olan “üç şeritli” yaptırım sisteminin Kanun'da açıkça kabul edilmesini önermekteyiz.

Kanaatimizce, düzeltici/onarıcı adalet fikri, suça verilecek tepkinin belirlenmesinde suçtan etkilenenlere söz hakkı vermesiyle olumludur.

Yine, düzeltici adalet fikri, suçluya pozitif davranışlarda bulunma imkânı sağlamasıyla ve hatta bunu teşvik etmesiyle olumludur. Öncelikle, suçlunun pozitif davranışlarda bulunması, onun suç işlemekteki sorumluluğu omuzlarında hissettiğinin⁶⁷⁵ ve bu durumu düzeltmek istediğinin güçlü bir kanıtıdır. Cezalandırmaktaki amacın “özel önleme” olarak kabul edilmesi halinde de, düzeltme, özel önleme amacına hizmet eden önemli bir ikincil amaç olarak gözükmemektedir.⁶⁷⁶ İkinci olarak, suçlunun pozitif davranışlarda bulunmasıyla, ceza, sadece suçluya azap veren veya suçlunun hakkını veya hürriyetini kısıtlayan bir uygulama değil; aynı zamanda suçtan zarar görenlere fayda sağlayan bir uygulama olacaktır.⁶⁷⁷ Böylece, düzeltici adaletin onarma fonksiyonu, suçlunun toplumla yeniden bütünleşmesine büyük fayda sağlamaktadır.⁶⁷⁸ Üçüncüsü, düzeltici adalet fikri, suç işlenmesinden sonra suçlu ile suçtan etkilenenler arasında bir iletişim sağlamasıyla da olumludur. İletişimin, sorunların çözümündeki önemine ilişkin genel kabuller, hem bireysel hem de toplumsal bazda büyük bir sorun olan suçun, hem önlenmesinde hem de zararlı etkilerinin çözümünde geçerli olsa gerektir. Bu noktada, tekerrürün önlenmesinde de düzeltici adaletin önemli bir ikincil amaç olarak görülebileceği düşünülmektedir. Zira, düzeltici adalet, suçlunun empati kurmasına hizmet etmektedir.

Düzeltilici adalet fikri ile demokrasi anlayışı arasında ilgi çekici bir alâka mevcuttur. “Rızaya dayalı” bir yönetim biçimi olan demokraside, halkın tercihleri merkezî önemdedir. Demokraside, yasama ve yürütme yetkileri gibi, yargı yetkisinin de temelde halkın tercihleriyle uyumlu olarak kullanılıyor olması gerekir. İşte, düzeltici adalet usulünde toplumun daha fazla söz sahibi olmasıyla, demokrasi tartışmaları arasında bağlantı vardır. Bağımsız Türk mah-

⁶⁷⁵ “belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunun şuuruna, bilincine kavuşmalıdır. Cezanın infazıyla kişi, gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumluluk altında olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır”: Özgenç, **4. bası**, s. 29.

⁶⁷⁶ Onarmanın, cezalandırmaktaki amaç olarak kabul edilen başka bir amacı destekleyen ikincil bir amaç olarak da görülebileceği hakkında bkz.: Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁷⁷ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

⁶⁷⁸ Cavadino, Dignan, **a.g.e.**, s. 49.

kemelerine ait olan ‐Türk milleti adına‐ karar verme yetkisinin; Türk milletinin karar verme yetkisi ile karşılaştırılması gerekmekte; bu da doğrudan demokrasi/dolaylı demokrasi tartışmalarını beraberinde getirmekte ve belki müstakil bir doktora tezi konusu teşkil etmektedir.

Düzeltilici adalet modelinin, içinde barındırabileceği belki de en büyük tehlike, suçlu ile mağdurun veya toplumun diğer fertlerinin tekrar karşı karşıya getirilerek husumetin çözüleceği yerde körüklenmesi tehlikesidir. Yine, utandırmanın, yukarıda belirtildiği üzere, suçlunun toplumdan dışlanmasına değil; aksine toplumla bütünleşmesine hizmet edecek şekilde gerçekleştirilmesine dikkat edilmelidir. Ağır suçlar söz konusu olduğunda mağdurun ve ailesinin cezanın belirlenmesi sürecine katılması ayrı bir hassasiyet taşımaktadır.⁶⁷⁹ Pek tabii ki, düzeltilici adalet uygulamasında yaptırımın oranlılığının muhafazasına yönelik tedbirler alınmalıdır.⁶⁸⁰

Hapis cezasının, kendi başına, düzeltilici adalete pek uygun düşmediği düşünülmektedir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, bu ceza, kendi başına, bozulan ilişkilerin düzeltilmesine yönelik unsurlardan uzaktır.⁶⁸¹ Hapis cezası, elbette, cezalandırmadaki genel amaç olan iyiliğin hâkim kılınmasına hizmet etmektedir, ancak bu cezanın, mahkûmun, suçtan etkilenenlere yönelik olarak gerçekleştireceği icraî davranışlara ne derece uygun olduğu tartışılmalıdır.

Onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ceza adaleti sistemindeki üst kategorileri, ‐hapsetme harici ceza hukuku yaptırımları‐, ‐hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar‐ ve ‐yaptırımın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi araçları‐dır.

Cezanın belirlenmesi, kanun metninde soyut olarak belirlenmiş olan cezanın, gerçekleştirilen bir fiil neticesinde, fail bakımından uygulanmasını; failin, bu fiili neticesinde maruz kalacağı cezanın niteliğinin ve niceliğinin tespitini ifade etmektedir. Cezanın bireyselleştirilmesi ise,

⁶⁷⁹ Krş.: Ashworth, a.g.e., s. 90.

⁶⁸⁰ Ashworth, a.g.e., s. 90.

⁶⁸¹ Bkz.: Cavadino, Dignan, a.g.e., s. 50.

cezanın belirlenmesinde, failin kişilik özelliklerinin dikkate alınmasını ifade eder. Hukuk sistemimizde, hapis cezasının, onarıcı adalet yaptırımına ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevrilmesi, yargısal bireyselleştirme vasıtalarındandır.

5237 sy. TCK'da erteleme, Koca/Üzülmez'in ifadesiyle, "iyi halle geçirilen denetim süresi sonunda ceza infaz edilmiş sayıldığından, [...] **cezaların infazına seçenek bir kurum** olarak karşımıza çıkmaktadır."⁶⁸² Halbuki, bu sistemde, 50 nci maddede düzenlenen onarıcı adalet yaptırımı ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, hapis cezasına **seçenek yaptırımlardır**. Böylece, erteleme, hapis cezasının infazı bakımından bir seçenek oluştururken, seçenek yaptırımlar hapis cezasının bizzat kendisine seçenek oluşturmaktadır. İnfaz bakımından, iki kurumun da toplum içerisinde uygulama alanı bulduğu doğrudur. Ancak, toplum içerisinde infaz edilme, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının yapıtaşını oluşturur; ertelemede ise, başka surette de infaz edilebilen bir yaptırımın toplum içerisinde infaz edilmesi söz konusudur. Böylece, seçenek yaptırımlar, birer "yaptırım" teşkil ederken; erteleme kapsamında öngörülen yükümlülükler, birer "yükümlülük" teşkil etmektedir. Seçenek yaptırım uygulamasında, seçenek yaptırımlar, suçun karşılığını teşkil etmektedir. Diğer taraftan, hapis cezasının infazının ertelenmesinde, işlenen suçun karşılığı hapis cezasıdır, erteleme kapsamında öngörülen yükümlülükler ise bu cezanın "infaz vasıtaları"dır. Seçenek yaptırımlar bakımından, TCK'nın 50 nci maddesinin beşinci fıkrasında, "uygulamada asıl mahkûmiyet" in, 50 nci "madde hükümlerine göre çevrilen" seçenek yaptırım olduğu belirtilmiştir. Ertelemede ise asıl mahkûmiyet olarak hapis cezası varlığını devam ettirmektedir:

"[H]ükümlünün cezası infaz kurumunda değil, belli şartlarda toplum içerisinde çektirilmekte, böylelikle bireyle devlet arasındaki ceza ilişkisi biçim değiştirmiş bir şekilde devam ettirilmiş olmaktadır."⁶⁸³

⁶⁸² Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 510. Vurgu, tarafımıza aittir.

⁶⁸³ Yenidünya, "5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", s. 63.

Bu yükümlülüklerin tatbikiyle, “hükümlünün ceza mahkûmiyetinin ciddiyetini hissetmesi”⁶⁸⁴ amaçlanır.

Mer’i cezaî yaptırım sistemimizdeki uyumsuzlukları gidermek amacıyla tartışmaya sunduğumuz “kademeli yaptırım sistemi”; “onarıcı serbest bırakma”, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması”, hapis cezasının infazının ertelenmesi”, “hapis cezası veya müstakil adlî para cezası” ve “idam cezası” olmak üzere beş kademededen müteşekkildir. Mer’i ceza sistemimizdeki “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” ve “hapis cezasının infazının ertelenmesi” kurumlarında yapılacak değişikliklerle birlikte, sisteme, “onarıcı serbest bırakma” kurumu ve “idam cezası” da eklenmektedir. Hapis cezasına seçenek yaptırım uygulamasına benzer düzenlemeler, kademeli sistemde, özellikle de, infazın ertelenmesi içerisinde yer almaktadır. Esasında, bu sistemin, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla birlikte ele alınması ve ceza adaleti sisteminin yanı başında bir onarıcı adalet sisteminin kurulmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kademeli yaptırım sisteminde, onarıcı serbest bırakma ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumları, “şartlı af” niteliği taşımaktadır; hapis cezasının infazının ertelenmesi ise, yürürlükteki sistemde olduğu gibi, bir “ceza infaz müessesesi”dir. Bu sistemde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumlarında, denetimli serbestlik tedbirleri kapsamında bazı “yükümlülükler” yüklenmektedir.

Mağdurun ve kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi, kademeli sistemde, ilk üç kademe bakımından da ortak objektif şarttır. Böylece, bu şart, kademeli sistemde ilk üç kademenin bir nevi anahtarı hükmündedir. Yürürlükteki sistemimizden farklı olarak, kademeli sistemde, belirtilen şart, hapis cezasının infazının ertelenebilmesi için zorunludur. Ancak, bu şartın, çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi suretiyle yerine getirilmesine de karar verilebilir.

⁶⁸⁴ Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 511.

Kademeli sistemde, mahkeme, onarıcı serbest bırakmaya, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hapis cezasının infazının ertelenmesine karar verirken, suçlunun kişiliği, pişmanlık durumu, hükümden sonraki yaşamında suç işlememeye gayret edeceği hususu, sosyal ilişkileri, ailevi durumu, sosyal ve ekonomik durumu, suç işleme saiki ve suçun işlenmesindeki özellikler bakımından değerlendirmede bulunur.

Kademeli yaptırım sisteminde, “erteleme”nin, “şartlı erteleme” olarak adlandırılması uygun görülmüştür. Şartlı ertelemelerde, başvurulabilecek yükümlülük sayısı artırılmıştır. Ayrıca, şartlı ertelemelerde, mahkeme, birden fazla yükümlülüğe aynı anda hükmedebilir. Mahkemenin, erteleme kararı vermesinden sonra, yetki, infaz hâkimine geçmektedir. Öngörülen yükümlülüğün, hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi halinde, yükümlülük, infaz hakimince değiştirilir.

Toplum içerisinde cezalandırmaya hükmetme bakımından farklı sistemler öngörülebilir. Toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına, Türk sisteminde olduğu gibi, hapis cezasından çevrilerek başvurulabileceği gibi, İngiliz sisteminde olduğu gibi, müstakil olarak da başvurulabilir. Yine, bu kapsamda hükümlüye yüklenecek külfetler, yürürlükteki İngiliz sisteminde olduğu gibi, tek bir genel hükümde barındırılacak farklı yükümlülükler olarak öngörülebileceği gibi, eski İngiliz sistemindekine benzer şekilde, farklı ceza hükümleri şeklinde verilebilen ayrı ayrı yaptırımlar olarak düzenlenebilir. Ashworth, İngiliz sisteminde yapılan değişikliğin, mahkemelere hem esneklik hem de – klavuzlara uydukları takdirde- tutarlılık sağlayacağını düşünmüş olduğunu belirtmektedir.⁶⁸⁵ Ayrıca, Türk sisteminde olduğu gibi, bu kapsamda tek bir yaptırıma hükmedilmesine izin verilebileceği gibi, İngiliz sisteminde olduğu gibi, tek hüküm içerisinde, birden fazla yükümlülüğe aynı anda hükmedilebilecek şekilde bir düzenleme yapılabilir.

Özgenç'e göre, mükerrirler ile, diğer özel tehlikeli suçlular olarak itiyadi suçlular, suçlu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlular hakkında veri-

⁶⁸⁵ Ashworth, *a.g.e.*, s. 4.

lecek kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesinin önü, kanunla kapanmalıdır.⁶⁸⁶ Kanaatimizce de, özel tehlikeli suçlular olarak, itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlular (TCK, m. 6) bakımından seçenek yaptırım müessesesinin yolunu kanunla kapatma fikri isabetlidir. Terörle Mücadele Kanunu'nda buna yönelik bir düzenleme mevcuttur. Ancak, bütün mükerrirleri içine alacak bu türden bir yasaklamanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Mahkeme, TCK'nın 50 nci maddesinin kapsamına giren bir hapis cezası söz konusu olduğunda, bu cezayı seçenek yaptırıma çevirme hususunu re'sen değerlendirmelidir; bu konuda bir talep şart değildir.

Kanımızca, takdiri indirim uygulaması ve seçenek yaptırım uygulaması kurumlarının her ikisi de yaptırımın bireyselleştirilmesi aracı olmakla birlikte, farklı mahiyette kurumlardır ve tek bir vakiada aynı sebebin hem takdiri indirim sebebi hem de seçenek yaptırıma çevirmede dikkate alınan bir ölçü olarak kullanılması mümkündür.

TCK'nın 50 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü bir hâlde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilemez. Böylece, Kanun koyucunun açıkça sınırlama getiren bu özel düzenlemesiyle, seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu bulunan bir hâl (TCK, m. 50/3) ile ikinci fıkradaki hâlin birlikte gerçekleşmesi durumunda, adlî para cezasına çevirme yasağı geçerliliğini koruyacak ancak hapis cezası, "seçenek tedbirler"den birine çevrilmek zorunda olacaktır.⁶⁸⁷

Tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak öngörülmüş olması durumunda, zorunlu olarak hapis cezasına hükmolunması hâlinde de (TCK, m. 58/3), adlî para cezasına çevirme konusunda, yukarıda belirtilen yasağın geçerliliği devam etmektedir. Böyle bir durumda, zorunlu olarak hükmolunan hapis cezasının,

⁶⁸⁶ Özgenç, **5. bası**, s. 618.

⁶⁸⁷ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 500.

adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilmesi bakımından, bir engel gözükmemektedir. Pek tabî ki, mahkemenin, mükerrir olmuş bir kişinin hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirme konusunda, çevirmenin zorunlu olduğu hâller (TCK, m. 50/3) saklı kalmak üzere, takdir hakkı mevcuttur.

TCK m. 50/3'e göre, "fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği" kısa süreli hapis cezası, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmaları koşuluyla, zorunlu olarak, seçenek yaptırımlardan birine çevrilir. Kanaatimizce, mevcut düzenlememiz bakımından, kişinin altmışbeş yaşını bitirmiş olmasına esas alınacak tarih olarak, hükmün kurulduğu tarih geçerli olmalıdır. Zira, buradaki zorunlu çevirme, yaşın ilerlemiş olmasının suç teşkil eden fiil üzerindeki etkilerinden çok, yaptırımın infazının kişi üzerindeki tesirine olan etkileri sebebiyledir. Başka bir deyişle, Kanun koyucu, yaşı bu denli ilerlemiş olan kimseler bakımından, hapisaneyeye girme yönünden bir fark oluşturmak istemiş olsa gerektir. Böylece, bu husus, esas olarak infazla ilgilidir ve teorik olarak, esas alınacak tarih bakımından, hükmün kesinleşme tarihi daha uygundur. Ancak, zorunlu çevirmeye karar verecek olan ilk derece mahkemesinden hükmün kesinleşme tarihini öngörmesi beklenemeyeceğinden, bu tarihin, ilk derece mahkemesinde hükmün kurulduğu tarih olarak yorumlanması taraftarıyız.

Seçenek "tedbir" in gereklerini yerine getirmeyen hükümlü hakkında hapis cezasının infazına başladıktan (TCK, m. 50/6) sonra, hükümlünün seçenek tedbirin gereğini yerine getirmesi hâlinde salıverilip salıverilmeyeceği meselesi, örneğin, "mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi" yaptırımının öngörülmesi hâlinde gündeme gelebilir. Böyle bir durumda hükümlünün salıverilmemesinin, seçenek "tedbir" in yerine getirilmemesi karşılığında uygulanan bir ceza olacağı savunulabilse de, Kanun metni, kişinin salıverilmesine imkân vermemektedir. Bu konuda bir kanun değişikliği tartışılmalıdır.

TCK m. 50/7'ye göre, "hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir". Bu hüküm, adlî para cezaları bakımından geçerli olmayan, geçerliliği, onarıcı adalet yaptırımıyla ve toplum içerisinde infaz edilen

ceza hukuku yaptırımlarıyla sınırlı olan bir hükümdür. Bu kapsamda, uygulamada karşılaşılabilecek bir sorun, hükümlünün, “elinde olmayan nedenlerle” seçenek tedbirin gereklerini yerine getirememiş olması hâlinde, elinde olmadan yerine getiremediği keyfiyetini, hükmü veren mahkemeye bildirmesine bağlı olmaksızın, mahkemenin bu ihtimali kendiliğinden ele almasının gerekip gerekmediğiyle ilgilidir. Kanaatimizce, böyle bir durumda, hükümlünün belirtilen keyfiyeti bildirmesi veya seçenek “tedbir”in değiştirilmesini talep etmesi aranmaksızın, mahkeme, seçenek “tedbir”in gereklerinin elde olmayan nedenlerle yerine getirilememiş olup olmadığını, kendiliğinden araştırmalıdır. Zira, bu durumda da, yaptırımın bireyselleştirilmesi, mahkemenin sorumluluğundadır ve hükümlüden, seçenek “tedbir”in gereklerini elinde olmayan nedenlerle yerine getirememesi hâlinde bu “tedbir”in değiştirilmesi imkânından yararlanabileceğini bilmesi beklenemez.

Kanaatimizce, mevzuatımız (Ceza Kanunu ve İnfaz Tüzüğü) açısından “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi” yaptırımında söz konusu olan zararın maddi zarar olarak anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılabiliirse de, bu yaptırım bakımından, manevi zararları da kapsayacak şekilde bir düzenlemeye gidilmesi üzerinde önemle durulmalıdır. Bu haliyle, örneğin, hakaret suçunun failine bu yaptırım uygulanamayacaktır. Belirtilen yaptırımın, manevi zararları da kapsayacak şekilde düzenlenmesi, ceza mahkemelerinin iş yükünü artırmak açısından soru işareti uyandırabilir. Biz, yukarıda da belirttiğimiz üzere, onarıcı adalet sisteminin, ceza adaleti sistemi yanında müstakil bir sistem olarak işletilmesi taraftarıyız.

Mevzuatımız açısından ciddi bir eksiklik, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ağırlık seviyelerini yansıtan, İngiltere’dekine benzer bir cetvelin bulunmayışıdır. Bu amaçla hazırlanacak bir cetvelin, suçun ağırlığını yansıtmaya bakımından istikrara hizmet ederken aynı zamanda

yaptırımların hükümlüye uygunluğunu ve birbirleriyle olan uyumluluğunu sağlamak için gerekli olan esnekliği de sağlaması⁶⁸⁸ ümit edilir.

⁶⁸⁸ **Archbold Magistrates' Courts Criminal Practice 2009**, Ed.: Barbara Barnes ve bir uzman editörler takımı, s. 1355.

KAYNAKLAR

ALBRECHT, Hans-Jörg, van KALMTHOUT, Anton, "Preface", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. V-VI.

ALBRECHT, Hans-Jörg, van KALMTHOUT, Anton M., "Intermediate Penalties: European Developments in Conceptions and Use of Non-Custodial Criminal Sanctions", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 1-11.

ALICI, Burhan, "Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Temmuz 2011, S. 3, ss. 131-164.

Archbold Magistrates' Courts Criminal Practice 2009, Thomson Sweet & Maxwell London Sweet & Maxwell 2008, Ed.: BARNES, Barbara ve bir uzman editörler takımı.

ARTUK, Mehmet Emin, "Güvenlik Tedbirleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan**, Haziran – Aralık 2008, C. XII, S. 1-2, ss. 461-492.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 2007.

ASHWORTH, Andrew, **Sentencing and Criminal Justice**, Cambridge University Press, 2007.

ASHWORTH, Andrew, "Sentencing", **The Oxford Handbook of Criminology**, Ed.: Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, 4th edition, New York, Oxford University Press, 2007, ss. 990-1023.

AVCI, Mustafa, **Hürriyeti Bağlayıcı Cezaya Seçenekler**, Doktora Tezi (T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul, 1994.

BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, (İtalyanca aslından çeviren: SELÇUK, Sami), İmge Kitabevi, 2004.

BOTTOMS, Anthony, "Empirical research relevant to sentencing frameworks", **Alternatives to Prison Options for an insecure society**, Ed.: Anthony Bottoms, Sue Rex, Gwen Robinson, Willan Publishing, 2004, ss. 59-82.

BROWNLEE Ian, **Community Punishment A Critical Introduction**, Addison Wesley Longman, 1998.

CAVADINO, Michael, DIGNAN, James, **The Penal System: An Introduction**, Sage, 2007.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.

ÇETİN, Soner Hamza, **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar (TCK m. 50)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

ÇINAR, Ali Rıza, **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

DOĞAN, D. Mehmet, **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Ankara, Vadi Yayınları, 2001.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, Onikinci Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. III**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 2164, Hukuk Fakültesi Yayınları No.: 481, İstanbul, 1976.

DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: III**, Onikinci Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1997.

EASTON, Susan, PIPER, Christine, **Sentencing and Punishment**, Oxford University Press, 2008.

EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler**, Onikinci Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1985.

ERSOY, Yüksel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2002.

FANCHIOTTI, Vittorio, "Alternatives to Imprisonment in the Italian Criminal Justice System", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 327-348.

GÖKCEN, Ahmet, "Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Sistemleri", Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Makaleleri**, Güven Kitap Kirtasiye Tic. Ltd. Şti., 2002, ss. 45-69.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)**, Sevinç Matbaası, 1966.

GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Dokuzuncu Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2010.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

HOME OFFICE, **Making Punishments Work Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales** (Halliday Report), July 2001.

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), İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No.: 2270, Hukuk Fakültesi No.: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No.: 19, İstanbul, 1977.

İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU Fatih S., ÜNVER, Yener, **İçel Yaptırım Teorisi**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş İkinci Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002.

İNCE, Hüseyin, **Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.

KILLIAS, Martin, "Community Service in Switzerland: Implementation, Recidivism and Net-Widening. Experimental evidence as an alternative to speculation", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 535-549.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

KYVSGAARD, Britta, "Community Sanctions and Measures in Denmark", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss., 139-158.

LARSSON, Paul, "Punishment in the Community; Norwegian Experiences with Community Sanctions and Measures", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 393-419.

LOCKHART, Bill, BLAIR, Colette, "Community Sanctions and Measures in Ireland", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 285-325.

Longman Active Study Dictionary of English, Great Britain, Longman Group UK Limited, 1987.

MIETHE, Terance D., LU, Hong, **Punishment: A Comparative Historical Perspective**, Cambridge University Press, 2005.

MIKUSCH, Georg, PILGRAM, Arno, "Community Sanctions and Measures (CSMs) in Austria", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 13-41.

Offender Management Caseload Statistics 2008, Ministry of Justice Statistics Bulletin (Published 31 July 2009), National Statistics Publication produced by the Ministry of Justice.

NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Ankara, Seçkin Yayınevi.

ÖZBEK, Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2007.

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, M. Nihat, BACAKSIZ, Pınar, DOĞAN, Koray, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

ÖZGENÇ, İzzet, ŞAHİN, Cumhuriyet, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

ÖZÖN, Mustafa Nihat, **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1989.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, **Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, 1972-1973.

PORT, M. Dolores Valles, "Community Sanctions and Measures in Spain and Catalonia, **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 511-534.

RAYNOR, Peter, "Community penalties: probation, 'What Works', and offender management", **The Oxford Handbook of Criminology**, Ed.: Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, 4th edition, New York, Oxford University Press, 2007, ss. 1061-1099.

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, **New Sentences: Criminal Justice Act 2003 Guideline**, Sentencing Guidelines Secretariat, 2004.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

ŞAFAK, Ali, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara.

ŞAHİN, Cumhur, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)**, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ İNTERNET SİTESİ: www.anayasa.gov.tr.

TARBAGAEV, Alexei, “Community Sanctions in Russia: Past, Present and Prospects”, **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 477-509.

TARHAN, Nevzat, **Duyguların Dili**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2006.

The Criminal Code Of The Russian Federation, (Erişim)
<http://www.russian-criminal-code.com/>

TONRY, Michael, “Community Penalties in the United States”, **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 551-571.

TOROSLU, Haluk, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınları, 2010.

Türk Dil Kurumu, **Büyük Türkçe Sözlük**, <http://www.tdkterim.gov.tr/bts>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, 6/11/2006, Esas No.: 2/870, Karar No.: 111.

UTRIAINEN, Terttu, "Community Sanctions in Finland", **Community Sanctions and Measures in Europe and North America**, Ed.: Hans-Jörg Albrecht, Anton van Kalmthout, Freiburg, 2002, ss. 193-207.

Von HIRSCH, Andrew, WASIK, Martin, "Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert", **The Criminal Law Review**, September 1988, ss. 555-572.

Wikipedia The Free Encyclopedia, (Erişim)
http://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, "5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2006/7, ss. 62-69.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Şartla Salıverme**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2002.

YÜCEL, Mustafa Tören, **Kriminoloji**, Ankara, Başkent Matbaası, 2003.

YÜCEL, Mustafa Tören, **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 126, Geliştirilmiş Dördüncü Bası, Ankara, 2007.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010.

ÖZET

Bu tez, üç bölümden müteşekkildir. Birinci bölümde, onarıcı adalet yaptırımını ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, cezalandırmadaki amaçlar bakımından incelenmiştir. Cezanın meşruluğuna sebep olarak gösterilen, caydırma, olanaksızlaştırma, ıslâh, rehabilitasyon, karşılığını verme, düzeltme, onarma teorileri ve sosyal teoriler incelenmiştir. Türk Hukukundaki cezalandırmadaki amaç tespit edilmeye çalışıldıktan sonra, cezanın esası ve cezalandırmadaki amaç konusundaki görüşümüz olan “bütüncül teori” açıklanmaya çalışılmıştır. Birinci bölüm, bütüncül teoride kısa süreli hapis cezaları ile onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının cezalandırmadaki amaçlar ve cezanın sahip olması gereken nitelikler bakımından mukayesesıyla nihayetlenmektedir.

İkinci Bölüm, “Onarıcı Adalet Yaptırımının Ve Toplum İçerisinde İnfaz Edilen Ceza Hukuku Yaptırımlarının Ceza Adaleti Sistemindeki Yeri”, konunun kavramsal çerçevesinin ve kapsamının ele alınmasıyla başlamaktadır. İkinci olarak, bu bölümde, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının hukuki niteliği incelenmiştir. İkinci Bölüm, önerdiğimiz “kademeli sistem”in açıklamasını da içine alan, “onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının ceza adaleti sistemindeki üst kategorileri” konusyla sona ermektedir.

Üçüncü Bölüm, onarıcı adalet yaptırımının ve toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarının tayinleri ve türleri üzerinedir. “Seçenek yaptırıma çevirme şartları ile başlayan üçüncü bölüm, seçenek yaptırım hükmünün hukukî sonuçlarının ve seçenek yaptırım türlerinin incelenmesiyle sonlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

“Seçenek yaptırım”; “seçenek tedbir”; “seçenek ceza”; “erteleme”; “cezalandırmadaki amaç”; “müeyyide”; “yaptırım”; “ceza”; “güvenlik tedbiri”; “ikameli yaptırım”; “bütüncül teori”; “kademeli yaptırım sistemi”.

ABSTRACT

This thesis has three chapters. In the first chapter, restorative justice sanction and community sanctions are studied in respect of aims of punishment. Deterrence, incapacitation, reform, rehabilitation, retribution, restoration, reparation and social theories are examined as ideas on the justification of punishment. After trying to find out the aims of punishment in Turkish law, our theory on the essence and the aims of punishment, namely the “total (“bütüncül”) theory” is tried to be explained. First Chapter ends with a comparison of restorative justice sanction and community sanctions with short term custodial sentences in respect of the aims and required qualifications of punishment in the total theory.

The Second Chapter, namely, “Place of the Restorative Justice Sanction and Community Sanctions in the Criminal Justice System” starts with the conceptual framework and the scope of the topic. Secondly, legal qualifications of the restorative justice sanction and the community sanctions are examined. Second Chapter ends with the categories to which the restorative justice sanction and the community sanctions belong in the criminal justice system with an explanation of our “gradual/multiple layer (“kademeli”) sanction system”.

Third Chapter is on the determination and kinds of restorative justice sanction and community sanctions. This chapter starts with the “Conditions of Translation in to Alternative Sanctions”. Legal consequences of the alternative sentences and the kinds of the alternative sanctions are also examined in the third chapter.

Key Words:

“Alternative sanction”; “alternative measure”; “alternative punishment”; “suspended sentence”; “aim of punishment”; “müeyyide”; “sanction”; “punishment”; “safety measure”; “substitutional (ikameli) sanction”; “total (bütüncül) theory”; “gradual/multiple layer (kademeli) sanction system”.