

**T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ**

**TÜRK CEZA KANUNU'NDA
SEÇENEK YAPTIRIMLAR
(TCK m. 50)**

Soner Hamza ÇETİN

Danışman
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul – 2011

T.C.
YEDİTEPE UNIVERSITY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

Türk Ceza Kanunu'nda cecenek
hapticimler
(Tck m. 50)

by

Soner Hamza Getin

Approved by:

Prof. Dr. M. Emin Artuk M. Emin Artuk
(Supervisor)

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Prof. Dr. Hener Ünver

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Doç. Dr. Özlem Henerer Çakmut

Date of Approval by the Administrative Council of the Institute 12/01/2011

ÖZET
Doktora Tezi
Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar
(TCK m. 50)
Soner Hamza ÇETİN

Yeditepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Ceza hukukundaki önemli gelişmelerinden biri, cezaların gittikçe daha az şiddetli olması gerektiği yolundaki eğilimin yanı sıra, hapis cezası yerine uygulanacak başka cezaların da uygulamaya konulmasıdır. Türk Ceza Kanunun 50. maddesinde düzenlenmiş olan seçenek yaptırımlar, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası yerine uygulanan, adli para cezası, mağdurun zararın giderilmesi, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklama ve kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımlarıdır.

Seçenek yaptırımlar, kanundaki düzenlendikleri yer itibarıyla güvenlik tedbiri değil cezadır. Bunlar, tıpkı hapis cezası, adli para cezası gibi, ihlale tepki olduklarından ceza yaptırımı olarak Türk Ceza Kanunun ceza tanımı içerisine alınmalıdır.

Seçenek yaptırımlar, ceza oldukları için sınırlı sayıdadır, artırılmazlar ve cezaların kanuniliği ilkesi bunlar hakkında da geçerlidir. Seçenek yaptırımlar daha hafif şiddette cezalar olduğundan, bunlardan, yalnızca adli para cezası seçenek yaptırımı tekröre esas alınabilir. Diğerleri alınamaz.

Ceza olmaları nedeniyle, seçenek yaptırımların genel af ile ve mahkûmun ölümü ile ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. Ayrıca seçenek yaptırımlar ceza zamaşımı nedeniyle infaz edilemezler.

Anahtar Kelimeler: seçenek yaptırımlar, para cezası, kamu hizmetinde çalıştırma, ceza hukuku, Türk Ceza Kanunu, 50. madde

ABSTRACT**Doctoral Thesis****Alternative Sanctions in the Turkish Penal Code
(TPC Art. 50).****Soner Hamza ÇETİN****Yeditepe University****Institute of Social Sciences****Department of Common Law**

Apart from the tendency of having a penal system with sanctions of lesser severity, one of the important developments in criminal law is to apply different penalties than that of imprisonment. For judgements that involve imprisonment of one year or less, Turkish Penal Code Article 50, provides for alternative sanctions in replacement, such as, punishment with a fine, compensation of the aggrieved party, compulsory attendance to a vocational course, prohibition from certain activities or admission to certain places, annulment of licences and certificates, prohibition from performing certain trades and careers and compulsory public service.

In the context of law, alternative sanctions are not precautionary measures but are punishments. Since sanctions as such are a response to violation of law, they should be regarded as retribution just the same as penalty of imprisonment and punishment with a fine and should be defined likewise in the Turkish Penal Code.

Since alternative sanctions are punishments, they are in limited numbers and can not be increased; rule of legitimate penalty is valid for these sanctions also. With the exception of infliction of a fine which can be repeated, alternative sanctions are punishments of lesser severity and therefore can not be repeated.

Because they are punishments, the judgement should be to deem the alternative sanctions as abrogated in the case of the death of the sentenced or proclamation of general amnesty. Furthermore, alternative sanctions can not be executed in case of statute of repose (limitations).

Keywords: alternative sanctions, fine, compulsory public service, criminal law, Turkish Penal Code, Article 50.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	XVII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SEÇENEK YAPTIRIMLARIN

CEZA ve CEZALANDIRMANIN AMACI ile İLGİSİ, DÜZENLENMESİ, NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ ile KARŞILAŞTIRILMASI

§1.SEÇENEK YAPTIRIMLAR ile CEZA ve CEZALANDIRMANIN AMACI.....	4
I. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve CEZA.....	6
II. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve CEZALANDIRMANIN AMACI (CEZA TEORİLERİ).....	8
A. Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri ve Seçenek Yaptırımlar.....	10
1. Genel Olarak Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri.....	10
2. Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	14
B. Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri ve Seçenek Yaptırımlar.....	15
1. Genel Olarak Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri.....	15
2. Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	19

C. Uzlaştırıcı (Karma) Teoriler ve Seçenek Yaptırımlar.....	20
1. Genel Olarak Uzlaştırıcı (Karma) Teoriler.....	20
2. Uzlaştırıcı (Karma) Teoriler Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	23
§2. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN DÜZENLENMESİ.....	25
I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN 765 SAYILI TCK DÖNEMİNDE DÜZENLENMESİ.....	25
A. 765 Sayılı TCK'nın Seçenek Yaptırımlara Yer Vermemesi.....	25
B. Seçenek Yaptırımların 647 Sayılı CİHK'da Düzenlenmesi.....	26
II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TCK ÖNTASARILARINDA DÜZENLENMESİ.....	27
A. 1987 Tarihli TCK Öntasarısında.....	27
B. 1989 Tarihli TCK Öntasarısında.....	28
C. 1997 Tarihli TCK Öntasarısında Düzenlenmesi.....	30
D. 2000 Tarihli TCK Tasarısı ile 2003 Tarihli TCK Tasarısında Düzenlenmesi.....	32
III. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN 5237 SAYILI TCK'DA DÜZENLENMESİ.....	33
IV. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEKİ YERİ.....	37
§3. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ.....	42
I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	42
II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ÖZELLİKLERİ.....	47
A. Seçenek Yaptırımların Kanuniliği.....	47
1. Genel Olarak Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi.....	47
2. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Cezaların Kanuniliği İlkesi.....	49
B. Seçenek Yaptırımların Sınırlı Sayıda Olması.....	50
C. Seçenek Yaptırımların İnsan Onuru ile Bağdaşır Nitelikte Olması.....	51

D. Seçenek Yaptırımların Uygulanmasında Şahıslar Arasında Ayrım Yapılmaması.....	52

§4. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ.....53

I. CEZA ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ AYRIMI.....	53
A. Genel Olarak Güvenlik Tedbirleri.....	53
B. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanmasında Sıra Sorunu.....	57
C. Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklar.....	60
II. SEÇENEK YAPTIRIM ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ AYRIMI.....	61
A. Düzenlendikleri Yer İtibariyle Farklılıkları.....	62
B. Uygulanması Gereken Koşullar Bakımından Farklılıkları.....	62
III. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ NEDENİYLE HÜKMOLUNAN TEDBİRLER (YÜKÜMLÜLÜKLER) ve SEÇENEK YAPTIRIMLAR.....	65
A. Hapis Cezasının Ertelenmesi Nedeniyle Hükmolunan Tedbirler (Yükümlülükler) ile Seçenek Yaptırım Arasındaki Farklar.....	65
1. Kanundaki Düzenlenme Yeri ve Uygulanma Şartları Açısından Farkları.....	65
a. Zararın Giderilmesi Seçenek Ceza Yaptırımı ve Ertelemenin Şartı Olarak Zararın Giderilmesi Tedbiri (Yükümlülüğü).....	66
b. Eğitim Kurumuna Devam Etme Seçenek Yaptırımı ve Eğitim Programına Devam Etme Tedbirleri (Yükümlülükleri).....	67
c. Kamuya Yararlı İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı ve Ücret Karşılığı Çalıştırılma Tedbirleri (Yükümlülükleri).....	69
2. Seçenek Yaptırım ile Güvenlik Tedbirleri (Yükümlülükleri) Kararlarının Hukuki Sonuçları Bakımından Farkları.....	70
3. Seçenek Yaptırımın İnfazı ile Güvenlik Tedbirinin İnfazı Arasındaki Farklar.....	70
B. Seçenek Yaptırım ile Cezanın Ertelenmesinin Birlikte Uygulanması Meselesi.....	72

İKİNCİ BÖLÜM
SEÇENEK YAPTIRIMIN
KOŞULLARI ve TÜRLERİ ile
SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETME ZORUNLULUĞU

§1. SEÇENEK YAPTIRIMIN KOŞULLARI.....	74
I. SANIĞA İLİŞKİN KOŞULLAR.....	75
A. Sanığın Kusurlu Olması.....	75
B. Suçlunun Kişiliği, Sosyal ve Ekonomik Durumu ve Suçun İşlenilmesindeki Özellikler.....	76
1. Suçlunun Kişiliği.....	79
2. Suçlunun Sosyal ve Ekonomik Durumu.....	81
3. Suçlunun Yargılama Sürecinde Duyduğu Pişmanlık.....	82
4. Suçun İşlenilmesindeki Özellikler.....	84
II. HAPİS CEZASINA İLİŞKİN KOŞULLAR.....	87
A. Genel Olarak Hapis Cezası.....	87
1. Hapis Cezasının Yararlı Olduğuna Dair Görüşler.....	89
2. Hapis Cezasının Yarar Sağlamadığı Yolundaki Görüşler.....	90
3. 5237 Sayılı TCK Açısından Hapis Cezaları.....	92
B. Seçenek Yaptırımların Uygulanması Açısından Kısa Süreli Hapis Cezası.....	93
1. Kısa Süreli Hapis Cezası Leyhine Olan Görüşler.....	95
2. Kısa Süreli Hapis Cezasının Aleyhindeki Görüşler.....	96
3. Seçenek Yaptırımın Uygulanması Bakımından Kısa Süreli Hapis Cezasının Hesaplanması.....	100
C. Hapis Cezasının Seçenek Yaptırıma Çevrilebilir Nitelikte Olması.....	102
1. Hapis Cezasına Alternatif Olarak Adli Para Cezası Öngörülmüş Olması.....	102
2. Bazı Özel Kanunlar Gereğince Hükmolunan Hapis Cezaları.....	105
a. Askeri Mahkemelerce Verilen Hapis Cezaları.....	108

b. İcra ve İflas Kanunu Gereğince Hükmolunan	
Disiplin Hapis Cezaları ve Tazyik Hapsi.....	108
c. Terörle Mücadele Kanunu.....	109
d. Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve	
Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu.....	110
e. Kooperatifler Kanunu Gereğince Yönetim Kurulu Üyeleri ile	
Memurları Hakkında Verilen Hapis Cezaları.....	110
III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI.....	111
§2. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİ.....	113
I. ADLİ PARA CEZASI SEÇENEK YAPTIRIMI.....	114
A. Yabancı Hukuklarda ve TCK'da	
Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının Düzenlenmesi.....	114
1. Yabancı Hukuklarda Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı.....	114
2. TKC'da Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının Düzenlenmesi.....	116
B. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımına Başvurulamayacak Hâl.....	117
C. Seçenek Yaptırım Olarak Adli Para Cezasının Hesaplanması.....	119
D. Adli Para Cezasının Ödenmesi İçin Hükümlüye Mehil Verilmesi.....	120
E. Adli Para Cezasının Ertelenemezliği.....	121
F. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının İnfazı.....	121
II. MAĞDURUN ZARARININ GİDERİLMESİ SEÇENEK YAPTIRIMI.....	125
A. Mağdurun Zararının Giderilmesinin Tarihi Gelişimi ile Uluslararası	
Düzenlemelerdeki Yeri.....	126
1. Mağdurun Zararının Giderilmesinin Tarihi Gelişimi.....	126
2. Mağdurun Zararın Giderilmesi Hakkındaki Uluslararası Düzenlemeler.....	131
B. Mağdurun Zararının Giderilmesinde Başvurulabilecek	
Diğer Ceza ve Ceza Usul Hukuku Yolları.....	132
1. Şahsi Hak Davası Yoluyla Mağdurun Zararının Giderilmesi.....	135
2. Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinde Bir Şart Olarak	
Mağdurun Zararının Giderilmesi.....	137
3. Mağdurun Zararının Uzlaşma Yoluyla Giderilmesi.....	137

4. Ceza Ertelemesinin Bir Şartı Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi.....	138
5. Cezada İndirim Sebebi Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi.....	139
a. Etkin Pişmanlık.....	139
b. Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanmasında Mağdurun Rızası.....	141
C. Mağdurun Zararının Giderilmesi Hakkındaki Görüşler.....	142
1. İkame (Yerine Geçme) Görüşü.....	142
2. Bütünleşme (Entegrasyon) Görüşleri.....	143
a. Mağduriyetin Giderilmesinin Bir Ceza Olduğu Görüşü.....	143
b. Mağduriyetin Giderilmesinin Bir Üçüncü Yol (Şerit = İz) Olduğu Görüşü.....	145
3. Geleneksel Görüş.....	145
4. Türk Hukukundaki Durum ve Konu Hakkındaki Görüşümüz.....	145
a. Türk Hukukundaki Durum.....	145
b. Konu Hakkındaki Görüşümüz.....	147
D. Seçenek Yaptırım Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi.....	149
1. Genel Olarak.....	149
2. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Tamamen Giderilmesi Şartı.....	153
a. Mağdurun veya Kamunun Kim Olduğunun Saptanması.....	153
b. Zararın Tamamen Giderilmesi.....	154
3. Mağdurun Zararının Giderilmesi Biçimleri.....	157
a. Zararın Aynen İade Yoluyla Giderilmesi.....	158
b. Suçtan Önceki Hale Getirme Yoluyla Zararın Giderilmesi.....	159
c. Zararın Tazmin Suretiyle Giderilmesi.....	159
aa. Tazminatın Miktarı.....	161
bb. Mağdura Halefiyet Durumu.....	162
E. Mağdurun Zararının Giderilmesi Seçenek Yaptırımının İnsanî Boyutu ve Geleceği.....	163

III. EĞİTİM KURUMUNA DEVAM ZORUNLULUĞU SEÇENEK YAPTIRIMI.....	165
A. Genel Olarak.....	165
B. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Benzer Tedbirlerden Ayrılması.....	167
C. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Süresi.....	171
D. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Uygulanmasının Amacı.....	173
E. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının İnfazı.....	176
IV. BELİRLİ ETKİNLİKLERDEN veya BELİRLİ YERLERE GİTMekten YASAKLAMA SEÇENEK YAPTIRIMI.....	176
A. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımı ile Belli Yerlere Gitmekten Yasaklanma ve Belli Yerlere Devam Etme (CMK 231/8-c) Tedbiri (Yükümlülüğü).....	177
B. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımının Uygulama Biçimi.....	179
C. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklanma Seçenek Yaptırımı ile İşlenen Suç arasında İlgı Bulunması Şartı.....	181
D. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımının Süresi.....	183
E. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklanma Seçenek Yaptırımının İnfazı.....	184
V. EHLİYET ve RUHSATIN GERİ ALINMASI ile MESLEK ve SANATI YAPMAKTAN YASAKLAMA SEÇENEK YAPTIRIMI.....	185
A. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması, Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımı (TCK m. 50/1-e) ile Taksirli Suçlarda Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma Tedbirinin (TCK m. 53/6) Karşılaştırılması.....	186
B. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımı ile İşlenen Suç Arasında İlgı Şartı.....	188
C. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımının Süresi.....	189

D. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımının İnfaz Şekli.....	190
VI. KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA SEÇENEK YAPTIRIMI.....	191
A. Yabancı Hukuklarda Kamu Yararına Çalıştırma (Toplum Hizmeti) Yaptırımı.....	191
1. İngiltere.....	191
2. İtalya.....	193
3. İsviçre.....	194
4. Fransa.....	194
5. Amerika Birleşik Devletleri.....	195
6. Endonezya.....	197
7. Danimarka.....	198
8. İspanya.....	198
9. Rusya.....	199
10. Hırvatistan.....	199
B. Türk Hukukunda Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı.....	199
1. 765 Sayılı TCK'nın Yürürlükte Olduğu Dönemde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı.....	199
a. 765 Sayılı TCK'nın 22. Maddesi Gereğince Hükmolunan Çalıştırma Yaptırımı (Müeyyidesi).....	199
b. 765 Sayılı TCK m. 544 Gereğince Dilencilik Suçu İçin Hükmolunan “Boğaz Tokluğuna Çalıştırılma” Cezası.....	201
C. 647 Sayılı CİHK'nın Yürürlükte Olduğu Dönemde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı.....	203
D. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı.....	204
1. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımının Şartları.....	206
a. Hükümlünün Gönüllü Olması.....	206
b. Seçenek Yaptırım Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Biçiminde Olmalıdır.....	210

c. Sanığın Başka Bir Suçundan Dolayı Kendisine	
Hapis Cezası Verilmemelidir.....	212
2. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımının Süresi.....	213
3. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımından Dönülmesi.....	214
4. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı ile İnfaz Sırasında	
Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma (CGTİHK m. 105/4) Şeklinde İnfaz.....	215

§3. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETME ZORUNLULUĞU.....217

I. GENEL OLARAK.....	217
II. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETMENİN	
ZORUNLU OLDUĞU HÂL İÇİN YASAL ŞARTLAR.....	219
A. Daha Önce Hapis Cezasına Mahkûm Edilmemiş Olmak.....	219
1. Önceki Mahkûmiyetin Niteliği.....	219
2. Önceki Mahkûmiyetin Süresi.....	221
3. Hapis Cezasına Mahkûmiyetin Önceliği.....	221
4. Hapis Cezasına Mahkûmiyetin Eskiği.....	222
5. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının Geçerliliği.....	223
6. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının İnfazı Meselesi.....	223
7. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının Kesinleşmesi.....	224
8. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezası ile Birlikte	
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Karar Verilmiş Olması.....	224
B. Seçenek Yaptırımın Zorunlu Olduğu Hâl İçin Hapis Cezasının Süresi.....	225
1. Otuz Gün veya Daha Az Süreli Hapis Cezası.....	225
2. Bir yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezaları.....	226
III. SEÇENEK YAPTIRIMIN ZORUNLU OLDUĞU HÂL	
(TCK m. 50/3) ile ADLİ PARA CEZASINA ÇEVİRME YASAĞININ	
(TCK m. 50/2) BİRLİKTE UYGULANMASI SORUNU.....	229

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SEÇENEK YAPTIRIMIN SONUÇLARI

§1. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETMENİN UYGULAMADA ETKİLERİ.....	231
I. ERTELEME HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ.....	232
II. TEKERRÜR HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ.....	232
III. HAK YOKSUNLUKLARI BAKIMINDAN ETKİSİ.....	233
IV. TÜZEL KİŞİ HAKKINDA UYGULANACAK GÜVENLİK TEDBİRLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ.....	238
 §2. SEÇENEK YAPTIRIM KARARLARINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLU.....	243
I. GENEL OLARAK.....	243
II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE KANUN YOLU.....	244
A. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımını (TCK m. 50/1-a) Açısından Kanun Yolu.....	245
B. Diğer Seçenek Yaptırımlar (TCK m. 50/1 b, c, d, e, f) Bakımından Kanun Yolu.....	250
 §3. SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL).....	250
I. SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL) ve DEĞİŞTİRİLMESİ TERİMLERİ.....	250
II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL).....	252
A. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımından Dönülmesi.....	253
1. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımından Dönülmesinin Şartları.....	254
a. Kararın Kesinleşmiş Olması.....	255
b. Adlî Para Cezasının Ödenmesi İçin Hükümlüye Tebligat Yapılması.....	256
c. Ödemenin Otuz gün İçinde Yerine Getirilmemesi.....	256
2. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımının Cumhuriyet Başsavcılığınca Hapis Cezasına Tahvili.....	257

3. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının Hapse Tahvil Edilememesi (Hapse Tahvil Yasağı).....	259
4. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımından Dönülmesinin (Hapse Tahvilin) Sonuçları.....	260
a. 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK m. 106/9’de Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum.....	260
b. 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK m.106/9’de Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum.....	262
B. Adli Para Cezası Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımlardan Dönülmesi (Seçenek Yaptırımların Mahkemece Hapse Tahvil Edilmesi).....	264
1. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımların Hapse Tahvil Edilmesinin Şartları.....	264
a. Hükümün Kesinleşmiş Olması.....	264
b. Seçenek Yaptırımın Yerine Getirilmesi İçin Tebliğat Yapılmış Olması.....	266
aa. Tebligatın Yapılmış Olmasına Rağmen Hükümlünün Gelmemesi.....	266
bb. Adres Değişikliği, (Ayrılma vs Nedeniyle) Tebligatın Yapılamaması.....	267
c. Seçenek Yaptırımın Gereğinin Otuz gün İçinde Yerine Getirilmemesi.....	267
aa. Seçenek Yaptırımın İnfazına Başlanılmaması.....	268
bb. Seçenek Yaptırımın İnfazına Başlanıp da Devam Edilmemesi.....	268
2. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı Dışındaki Seçenek Yaptırımların Geri Alınmasına (Hapse Tahvile) Mahkemece Karar Verilmesi.....	268
a. Hapis Cezasının Tamamen İnfazı.....	269
b. Hapis Cezasının Kısmen İnfazı.....	270
c. Hapis Cezasının Derhal İnfazı.....	271
aa. Hapis Cezasının Derhal İnfazı İbaresine ile Başvurulacak Kanun Yolunun Tespit Edildiği.....	271
bb. Hapis Cezasının Derhal İnfazı İbaresine ile Elde Edilen Hapis Cezasının Ertelenemezliğinin Tespit Edildiği.....	272
d. Seçenek Yaptırımın Çevrilmesi ile Oluşan Hapis Cezasının Hukuki Niteliği.....	273

§4. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİ.....	273
I. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNDE	
ÖNCEKİ KARARIN KESİNLEŞMESİ SORUNU.....	274
II. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNİN ŞARTLARI.....	274
A. Seçenek Yaptırım Hükümlünün Elinde Olmayan Bir Sebep Yeterine	
Getirilmemiş Olmalıdır.....	275
B. Seçenek Yaptırım Hükümü Veren Mahkemece Değiştirilmelidir.....	276
C. Daha Ağır Bir Başka Seçenek Yaptırıma Hükmolunmaması Gerekir.....	276
III. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI.....	277
A. Yeni Bir Seçenek Yaptırıma Hükmolunması.....	277
B. Yeni Seçenek Yaptırım Bakımından Kanun Yolu.....	278
C. Seçenek Yaptırımın Cezasının Bir Başka Kez Değiştirilmesi.....	279
IV. ADLİ PARA CEZASI SEÇENEK YAPTIRIMININ	
DEĞİŞTİRİLMESİ SORUNU.....	280

§5. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TOPLANMASI ile ÇOKLUĞU	
SORUNU.....	283
I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TOPLANMASI SORUNU.....	283
A. Genel Olarak Seçenek Yaptırımların Toplanması Sorunu.....	283
B. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı ile Adli Para Cezasının	
Toplanması Sorunu.....	286
1. 01.03.2008 tarihinden Önce İşlenen Suçlar Bakımından.....	286
2. 01.03.2008 tarihinden Sonra İşlenen Suçlar Bakımından.....	287
II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ÇOKLUĞU SORUNU.....	287
A. Çok Sayıda Seçenek Yaptırıma Hükmolunması.....	288
B. Seçenek Yaptırımın Bir Başka Seçenek Yaptırıma Çevrilmesi Sorunu.....	289
C. Seçenek Yaptırım ve Hapis Cezasına Birlikte Hükmetme Sorunu.....	290
 §6 SEÇENEK YAPTIRIMLARDA TEKERRÜR.....	291
I. GENEL OLARAK TEKERRÜR.....	291
II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE TEKERRÜR.....	293
A. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımında Tekerrür.....	295

B. Adli Para Cezası Dışındaki Seçenek Yaptırımlarda Tekerrür.....	295
C. Tekerrür Halinde Sonraki Suç İçin Hapis Cezası Seçme Zorunluluğu.....	297
1. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı Dışındaki Seçenek Yaptırımlar Bakımından.....	298
2. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı Bakımından.....	299
§7. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA DAVA ve CEZANIN DÜŞMESİ.....	300
I. GENEL OLARAK DAVA ve CEZANIN DÜŞMESİ.....	300
II. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA SANIK VEYA HÜKÜMLÜNÜN ÖLÜMÜ NEDENİYLE DAVA ve CEZANIN DÜŞÜRÜLMESİ.....	301
A. Seçenek Yaptırımlarda Sanığın Ölümü Nedeniyle Davanın Düşürülmesi.....	301
B. Hükümlünün Ölümü Nedeniyle Seçenek Yaptırımın Ortadan Kalkması.....	302
1. Hükümlünün Ölümü Üzerine Adli Para Cezasının Ortadan Kalkması.....	303
2. Hükümlünün Ölümü Üzerine Diğer Seçenek Yaptırım Cezalarının Ortadan Kalkması.....	303
III. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA ZAMANAŞIMI.....	305
A. Genel Olarak Ceza Hukukunda Zamanaşımı.....	305
B. Seçenek Yaptırımlarda Dava Zamanaşımı.....	309
1. Genel Olarak Dava Zamanaşımı.....	309
2. Seçenek Yaptırımlar Açısından Dava Zamanaşımı.....	309
C. Seçenek Yaptırımlarda Ceza Zamanaşımı.....	311
1. Genel Olarak Ceza Zamanaşımı.....	311
2. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Ceza Zamanaşımı.....	312
a. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı Bakımından Ceza Zamanaşımı.....	312
b. Adli Para Cezası Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımlar Bakımından Ceza Zamanaşımı.....	313
IV. SEÇENEK YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN AF.....	314
A. Genel Olarak Ceza Hukuku Bakımından Af.....	314
B. TCK'da Genel Olarak Af Kurumu.....	315
C. Seçenek Yaptırımların Affi.....	316
1. Genel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	316

a. Kamu Davası Bakımından Genel Af.....	316
b. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Genel Af.....	316
2. Özel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	318
a. Özel Af Bakımından Kamu Davaları.....	319
b. Özel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar.....	318
c. Özel Af Bakımından	
Adli Para Cezası ve Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı.....	321
SONUÇ.....	322
KAYNAKÇA.....	339

KISALTMALAR

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AD	:	Adalet Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al. GMK	:	Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu
AY	:	Anayasa
AY Mah.	:	Anayasa Mahkemesi
Bknz.	:	bakınız
C	:	Cilt
CD	:	Yargıtay Ceza Dairesi
CİHK	:	Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
CGTİHK	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
Çev.	:	çeviren
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
dp.	:	dip not
E.	:	Esas
ETCK	:	Eski Türk Ceza Kanunu
f.	:	fıkra
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
HFD	:	Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar
Karş.	:	karşılaştırınız
m.	:	madde
prg	:	paragraf
RG	:	Resmi Gazete

S.	:	sayı
s.	:	sayfa
StGB	:	Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
StPO	:	Strafprozessordnung (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu)
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	Terörle Mücadele Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
vs.	:	ve sair
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YD	:	Yargıtay Kararı
YCD	:	Yargıtay Ceza Dairesi
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	:	Yeni Türk Ceza Kanunu
Yön.	:	Yönetmelik

GİRİŞ

Seçenek yaptırımlar, TCK’nın 50. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, adli para cezasına, mağdurun uğradığı zararın giderilmesine, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.

Hapis cezasının alternatifi olan bu yaptırımlar gittikçe daha büyük bir önem kazanmaktadır. Çünkü, günümüzün önemli gelişmelerinden biri, cezaların gittikçe daha az şiddetli olması gerektiği yolundaki eğilimin yanı sıra, hapis cezası yerine uygulanacak başka yaptırımların da olabileceğinin kabul edilmesidir¹. Bazı batı ülkelerinde geleneksel cezaların yanında uygulama alanı oldukça geniş bazı alternatifler de artık yasalara girmekte ve uygulanabilmektedir². Özellikle, 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra, cezanın amaç ve nitelikleri hakkında, yeni görüşlerin oluşması ve çağdaş ceza hukukunun “faydacı” yönünün benimsenmesiyle, ceza hukukunun insancillaşması, yeni düşünce ve kurumların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Hapis cezalarının, büyük önem kazandığı 19. yüzyılın ikinci yarısından günümüze kadar, bunların uygulamada iyi sonuçlar vermediği, suçluyu uslandırmak bakımından etkin olamadıkları anlaşılmış ve infaz rejimlerinde, suçlunun iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasının zorunlu kıldığı değişiklikler yapılmış, buna rağmen, hapis cezalarının, kötü etkileri ile olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak mümkün olamamıştır³. Diğer yandan, kriminolojik araştırmaların sonuçları ile suçlunun kişiliğinin bilimsel metotlarla daha çok incelenmesi, geleneksel görüşlerde değişikliği

¹ Hapis cezası yerine hükmolunacak farklı yaptırımların infazı, elektronik alanındaki gelişmeler sayesinde daha kolay sağlanabilecektir SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, s. 51.

² SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, s. 327; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47 vd.

zorunlu kılmış, böylece, uygulanmasından vazgeçilmesi imkânsız olan yaptırımların insanileştirilmesi yoluna gidilmiş⁴, bunun yanı sıra, ceza yaptırımının, artık yalnızca hapis cezasından ibaret olamayacağı kabul edilmeye başlanılmıştır⁵.

Cezalandırmanın sosyal bir problem olarak varlığını sürdürmeye devam ettirmesi ile beraber⁶, yaptırımların gelişiminin toplumsal gelişmelerle iç içe olması nedeniyle, 1960 yılların sonunda liberalleşme⁷, 1975 yılından itibaren bundan dönüşüm eğilimi belirli bir dalgalanmaya yol açmış ise de, 1980’li yıllarda hapis cezalarında bir geri çekilmenin olduğu görülmüştür⁸. Çünkü, hapis cezalarının yüksek maliyeti, bunların yerine daha ekonomik ve daha yararlı olan diğer bir kısım yaptırımların aranmasını zorunlu kılmaktadır⁹. Bunlar; hapis cezasının infazını değiştirmek amacını güdenler¹⁰,

³ ARTUK, Mehmet, Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 857.

⁴ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt III, 12. Bası, İstanbul, 1997, s. 1-2;

⁵ Ceza yaptırımının artık yalnızca hapis cezasından ibaret olmadığı görülmüştür. Hapis cezası ile denetimli serbestlik arasındaki denge değişmekte ve ara yaptırımlar yoğunluk ve uzunluk itibarıyla daha korkulan cezalar haline gelmektedir. PETERSILIA, Joan, “Siyaset Seçeneği Olarak Alternatif Ceza”, (Çev.: Füsün R. SOKULLU-AKINCI), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006, s. 50.

Benzer görüş için bkz: STEINBERG, H. Michael, Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion, (<http://www.hmichaelsteinberg.com/sentencingalternatives.htm>), (erişim: 30.10.2009).

⁶ SYCAMNIAS, Evan, The Sociology of Punishment Today, s. 1,

(<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc10.html>), (erişim: 30.10.2009).

⁷ 1960 lı yılların ikinci yarısından sonra kısa süreli hapis cezalarının yerini daha çok para cezalarının aldığı söylenebilir. ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Yaptırımlarının Uygulanması ve Evrimine İlişkin Araştırmalar”, (Çev.: Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 178. 647 Sayılı CİHK’nın 1965 yılında yürürlüğe girmesi ve bu kanunun 4 maddesinde yer alan hapis cezasının para cezasına çevrilmesi kurumunun çok aktif bir biçimde uygulanması buna örnek olarak gösterilebilir.

⁸ ALBRECHT, Gençlik Ceza Hukuku, s. 178.

⁹ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 2-5.

¹⁰ Bunlar cezanın infazını parçalı hale getirirler. Böylece mahkûmun hapis süresinin bir kısmını veya hatta bütünü ceza kurumu dışında geçirmesini temin edebilirler. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 3; Çünkü, “penolojik anlamda infaz kavramı, ceza mahkûmiyetine ilişkin kararların çektilmesinin ve bu süreç içerisinde suçlunun genel eğilimlerine göre rehabilite edilerek, yeniden topluma kazandırılmasına ilişkin dinamikler yelpazesi” olarak düşünülmelidir. ERTOSUN, Ali Suat, “Yönetim Bakımından Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları, 21. Yüzyıla Girenken Çözüm Önerileri”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 224; Geceleri infaz, hafta sonu infaz gibi bu kurumlar gün geçtikçe daha büyük bir önem kazanmaktadır. YÜCEL, Mustafa T., Kriminoloji, (Suç ve Ceza), Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, Ankara 1986, s. 197; Örneğin, CGTİHK m. 105’de düzenlenmiş bulunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine getirilmesinin özel şekilleri buna örnek olarak verilebilir. Bunlar bu incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

hapis cezasının infazını veya verilmesini engelleme amacıyla olanlar¹¹ ile normal hüküm, hapis cezası olduğu halde, hapisten başka bir yaptırıma hükmetme halleri, olarak üç bölümde tasnif edilebilir¹². Son grupta belirtilen, hapis cezası yerine hükmedilebilecek olan yaptırımlar, Türk ceza hukuku bakımından, Yeni TCK'nın¹³ 50. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Seçenek yaptırımlar” olup, bu incelemenin konusunu, esas itibarıyla bunlar oluşturmaktadır. Bu nedenle, çalışmanın ilk bölümünde ceza ve cezalandırmanın amacını açıklayan ceza teorileri ile seçenek yaptırımlar arasındaki bağıntı üzerinde durulmuş, seçenek yaptırımların 765 Sayılı TCK ile TCK Öntasarılarındaki ve Yeni TCK'daki düzenlenmesi biçimi ile seçenek yaptırımların uluslararası sözleşmelerdeki yeri ve önemi irdelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, seçenek yaptırımların hukuki niteliği ve özellikleri ile seçenek yaptırımlar ve güvenlik tedbirleri arasındaki farklılıklar üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde, seçenek yaptırıma hükmetmenin koşulları, türleri ile zorunlu olarak seçenek yaptırıma hükmetme konusu ele alınmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, seçenek yaptırım kararı verilmesinden sonra ortaya çıkacak sorunlar incelenmiş olup, bu bölümde, seçenek yaptırımın genel hukukî sonuçları, seçenek yaptırımlar için kanun yolları ile seçenek yaptırımdan dönülmesi yani seçenek yaptırımın yeniden hapis cezasına çevrilmesi ile seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırım ile değiştirilmesi, seçenek yaptırımların toplanması ile çokluğu sorunları, seçenek yaptırımlar bakımından tekerrür, seçenek yaptırıma konu davanın ve seçenek yaptırımın düşmesi konuları ele alınmış, zamanaşımı ve af kurumunun seçenek yaptırımlara etkisi üzerinde durulmuştur.

¹¹ Bunlar, suçluluk sabit olduğu halde, suçluya herhangi bir cezanın uygulanmamasına yol açarlar. Bunların üç hedefi vardır: hapisin infazını durdurmak, hükmün verilmesini ertelemek, ya da hiçbir yaptırıma hükmetmemek (bunlar; mutlak serbest bırakma-absolute discharge; taahhüt altında serbestlik ve adli af olarak adlandırılmaktadır). DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 3-5. Bu tür yaptırımlar bu incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹² Bunlar, a) Mali cezalar, b) Araç kullanma ehliyetinin geçici geri alınması veya verilmemesi, suçtan doğan zararın giderilmesi, belirli faaliyetlerden yasaklama, eğitim kurumuna devam edilmesi, tevbih ve tekdir gibi manevî yaptırımlar ile kişilerin belirli bir kısım yükümlülüklerle tâbi kılınması, özür dileme, hayır kurumlarına bağışta bulunma, c) Kamu yararına çalıştırma, d) Suçlu hakkında kamu davasının açılması veya duruşma yapılması ya da cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılması ve suçlu hakkında bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanması (denetimli serbestlik = probation measures) olarak tasnif edilebilir. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 3-5.

¹³ 5237 Sayılı TCK kabul tarihi 26.09.2004. (RG: 12.10.2004 gün ve Sy. 25611).

BİRİNCİ BÖLÜM
SEÇENEK YAPTIRIMLARIN
CEZA ve CEZALANDIRMANIN AMACI ile İLGİSİ,
DÜZENLENMESİ, NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ ve
GÜVENLİK TEDBİRLERİ ile KARŞILAŞTIRILMASI

§1.SEÇENEK YAPTIRIMLAR CEZA ve CEZALANDIRMANIN AMACI

İnsan toplum halinde yaşama eğilimindedir. Toplum halinde yaşamının doğal bir sonucu ise farklı istem ve iradelere sahip olan bu bireyler arasında çatışmanın kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıkmasıdır. Çıkan bu çatışmaların önlenmesi, toplumsal yaşamın güven ve esenlik içerisinde sürdürülebilmesi insanlar tarafından ancak bazı kurallara uyulması ile mümkündür¹⁴. Uyulması gerekli bu kuralların bir bölümü din kuralları¹⁵ ve ahlâk kuralları¹⁶, bir başka bölümü ise örf ve adet ile hukuk kurallarıdır. Örf ve adet kuralları, toplumu oluşturan insanların ortak yaşamalarından kaynaklanan ve yazılı olmayan kurallar iken, hukuk kuralları devlet tarafından belirlenen ve uyulması devlet zoru ile sağlanan kurallar olarak kendisini göstermektedir¹⁷. Düzensiz bir toplumsal yaşam düşünölemeyeceği için, hukuk kuralları ile bir takım ödevler, yükümlölükler, sınırlamalar ve düzeni bozucu davranışlara karşı yaptırımlara başvurmak

¹⁴ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s. 3; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2005, s. 55.

¹⁵ “Din fertleri, şahsiyetlerinin parçalanması tehlikesine karşı korur; onları mukaddesat ile karşı karşıya getirerek şahsiyetlerinin vahdetini sağlar ve bir cüz’ü tam haline gelmelerine yardım eder. Bilâhare fert, bu tam ve mütecanis şahsiyetini, bir öğretmen, bir tabib, bir vatandaş bir hem şehri yahut bir aile ferdi olarak dünyevi hayatın muhtelif sahalarında değerlendirmek imkanını bulur” FREYER, Hans, Din Sosyolojisi, (Çev.: Turgut KALPSÜZ), Ankara 1964, s. 77-78; “Din, bir dünyayı anlama ve kendini o dünyada belirli bir yere yerleştirme modeli olarak fonksiyon görmektedir” MARDİN, Şerif, Din ve İdeoloji, İletişim Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2005, s. 30; Buna karşın FEUERBACH, Hristiyanlığın Özü isimli eserinde (s. 26-27) dinî “Duygu açık gözlerle gördüğümüz bir rüyadır, din uyanan bilincin rüyasıdır, rüya dinlerin esrarının anahtarıdır”, biçiminde tanımlamaktadır. ACTON, H. B., The Illusion of The Epoch: Marxism-Leninism as a Philosophical Creed, Londra, Cohen and West, 1955 (nakleden: MARDİN, s. 41).

¹⁶ “Ahlâk, işlenmesi lazım gelen veya caiz olmayan hususları bildirmek suretiyle insanların faaliyetlerini tanzim eden kaidelerden ibaret olduğuna göre, sahası hukukun ve özellikle ceza hukukunun sahasından çok geniştir” TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, Ahmet Sait Matbaası, (İstanbul Üniversitesi Yayın No. 434), İstanbul 1949, s. 7.

¹⁷ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 1; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 3.

kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸. Devletin ceza yaptırımını tehdidi ile uygulanmasını sağlamaya çalıştığı emir ve yasakları kapsayan hukuk kuralları ise ceza hukuku olarak ifade edilmektedir¹⁹. Yaptırım uygulanacak olan düzen bozucu fiiller suç olarak tanımlanmakta, bunlar esas itibariyle toplumsal düzenin devamı açısından, korunması gereken hukukî değerlerin²⁰ bilerek ve istenerek ihlali veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği ifade eden, insan davranışları olarak ifade edilmektedir²¹.

Ceza hukuku kuralı, esas itibariyle iki temel bölümden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi emir ve yasaklanmış fiilleri²² göstermektedir ki, buna suç bölümü, diğer kısmı ise, emir veya yasaklanmış fiilleri işlemenin hukukî neticelerini gösteren kısım ki, buna da yaptırım veya ceza bölümü denilmektedir ki²³, işlenen suça ceza verilmesi bir

¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 3; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 523.

¹⁹ ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 3;

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 4: “Türk Ceza Hukukunun Birinci Kitabının Üçüncü Kısmı yaptırım başlığını taşımakta olup, bu kısım cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere iki bölümden meydana gelmektedir. Şu halde esasen hukukun bu alanını ifade etmek üzere kullanılan ceza hukuku terimi yerinde değildir. Zira ceza hukuk kuralının kendisini değil, eksik olmakla birlikte (güvenlik tedbirini karşılamıyor) sadece sonucunu ifade etmektedir. Bu nedenle doğru ifade suç hukuku olmalıdır” biçimindeki anlatım son derece yerindedir. Zira Ceza Hukuku karşılığı olarak örneğin İngilizce’de Criminal Law terimi kullanılmaktadır ki, bunun ile, suç ceza ve güvenlik tedbirlerinin her üçü de inceleme kapsamı içerisinde görülmektedir.

²⁰ Hukuksal değer, anayasadan ve kanunlardan hareketle saptanmaz. Zira hukuksal değerlerin doğumu kanun koyucunun iradesine indirgenemez. Hukuksal değerlerin pozitif norm öncesi, soyut, ideal değer niteliğinde oldukları ve bireyin toplumsal yaşamından ve gelişmeler ile zamandan etkilenecek oldukları, değiştikleri, alanlarının genişleyip daraldıkları ve ortadan kalktıkları kabul edilmelidir ancak böyle bir kabul sonucunda, hukuksal değer, hem kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebilmesi hem de uygulamacıdan önce, kanun koyucu ve anayasa mahkemesine ödev yükleyip denetleme olanağını sunabilmesi mümkün hale gelir. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 1055.

²¹ ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 10; Suçun en çok kabul gören tanımlarından birisi “Suç isnad yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icraî ve ihmali bir hareketin meydana getirdiği yasada yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve müeyyide olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren eylem” biçiminde yapılan tanımdır. ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 10;

²² Her türlü tehlike veya zarar riskinin önüne geçmek için, toplumsal yaşamdaki bütün davranışlar yasaklanamaz. Çünkü bunun aksi, toplumsal yaşamı statik bir hale getirir. Bu nedenle, bu davranış modelleri arasında, ceza sorumluluğunu doğuranlar ile doğurmayanlar arasında bir ayırımın yapılması zorunludur. Bu yüzden, bir ceza sorumluluğunu doğurmayan davranışlar, izin verilen risk alanında bulunan davranışlar olarak anlaşılmalıdır. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s. 364.

²³ Kanun koyucunun en önemli ödevi, hiç kuşkusuz ceza yaptırımıyla, kaçınılması mutlaka gerekli olan hareket alanlarını tespit etmektir. Çünkü, mutluluk, hukuk ve kültür yalnızca barış içinde oluşur, bu nedenle bu amaca ulaşmanın araçlarından biri de cezadır. Ceza hukuku, insanlar arasındaki barışa hizmet

tarafa, artık modern ceza hukukları için ceza, suça uygulanan tek bir yaptırım olmayıp, cezanın yanı sıra failin tehlikeliliği esasına dayanan güvenlik tedbirleri de ceza hukukunun diğer yaptırımını olarak ortaya çıkmaktadır²⁴.

I. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve CEZA

Ceza, Arapça bir sözcük olup, “karşılık” anlamına gelir. Bu karşılık, iyi veya kötü bir şey olabilir²⁵. Bu nedenle, cezanın ödül manasında da kullanılmasına imkân bulunduğu halde, Türkçe’de, daha çok kötülöklere karşılık olarak kullanılmıştır²⁶. Latince karşılığı “poena” sözcüğü olup, ızdırap elem, vicdan azabı anlamlarına gelir. Çağdaş görüşte ise, ceza, suç işleyen kişiye, çeşitli yapıcı amaçları gerçekleştirmesi için uygulanan ve esasında kişiyi bir takım yoksunluklara tâbi kılan yaptırım olarak tanımlanmaktadır²⁷. Ceza olarak uygulanan yaptırımların tarih içerisindeki gelişimine bakıldığında, cezanın bu gün için yapılan bu tanımına ulaşılmasının çok da kolay olmadığı görülecektir. Nitekim, günümüz ceza yasalarına göre ancak birkaç ay hapis cezasını gerektiren suçların bir çoğunun cezası ölüm olarak tespit edilebilmekte²⁸, ölüm

eder. Zira, bireyin diğer bireylerle barışı, bir halkın diğer halklar ile olan barışı, toplumsal gelişim bakımından en önemli kurucu unsurdur. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 429.

²⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 4; “Yeni zamanların ceza hukukuna getirdiği çok önemli diğer bir müeyyide çeşidi ise güvenlik tedbirleridir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 541.

²⁵: “Cezâ” (Arapça, isim), cezâ, karşılık (iyi veya kötü) azap” şeklinde tanımlanmaktadır. DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lügat, 5. Baskı, 1982, s. 170.

²⁶ “Ceza, zararlı bir tepkidir; çünkü sonunda daima bir kötölüktür, yani ‘zarar’dır; açıkçası beşeri bir menfaatin yahut değerin indirimi veya bu değerden bir fedakârlıktır” HAFİZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), 2. Baskı, Ankara, 1996, s.175; “Ceza ödölün karşısıdır”. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 427.

²⁷ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 5.

²⁸ Günümüzde ölüm cezalarının kaldırılması veya hiç olmazsa çok az bazı suçlar için kabul edilmesi gerektiği yolunda büyük bir oranda fikir birliği bulunmaktadır. Örneğin; “1982 Tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 6. Genel Yorumunda; devletlerin ölüm cezasını tümünden kaldırmaya mecbur edilmesi söz konusu olmazsa bile uygulanmasını sınırlandırmaya ve özellikle son derece ciddi suçlar dışında kaldırmaya mecbur kılınmışlardır” Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Uluslararası Savcılar Birliği, (Editörler: Egbert MYJER, Barry HANCOCK, Nicholas COWDERY, Derleyen; Marnix ALINK), Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, 2006, s. 41; Avrupa Birliği ölkeleri ölüm cezasına karşıdır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 2. maddesine göre; “1) Herkesin yaşama hakkı vardır. 2) Hiç kimseye ölüm cezası verilemez ve hiç kimseye bu ceza uygulanamaz”. Nice Zirvesinde kabul edilen ve 54 maddeden oluşan bu metin, her ne kadar antlaşmalara dahil edilmemiş ise de, Avrupa Topluluğu Adalet Divanının içtihatlarına dayanak oluşturmaktadır. KOCASAKAL, Ümit, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları,

cezasının²⁹ infaz biçimi ise işlenilmiş olan suça göre değişebilmektedir. Sözgelimi; Allah'ı inkar, büyücülük gibi dine karşı bir suç işlemiş veya hükümdara veya devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenmesi yasak edilmiş bir fili işlemiş olanlar ya da kalpazanlar, diri diri yakılarak öldürülmüş, yangın çıkaranların ağızlarına eritilmiş kurşun dökülerek cezalandırılmışlardır³⁰.

Çağdaş anlamda ceza, suç işleyen kimse hakkında, toplum adına düzenlenen ve uygulanan kanuni bir yaptırımdır. Hakkında uygulanan kimseyi bazı yoksunluklara uğratması veya hakkında zor kullanılması dolayısıyla, cezanın kendisinde elem, ızdırap ve zorluk verici olmak özelliği vardır. Hatta bir cezacının³¹, dediği gibi, hangi teori kabul edilirse edilsin, yani ceza ister suç karşılığı olan yaptırım sayılsın, ister suçlunun uslandırılmasına yarayan bir tedbir olarak kabul edilsin, bu usul zorla tatbik edilince, yaptırım, cebir ve tazyik edici özelliğinden kurtulamaz. Bu nedenle mahkûmun hapsedileceği yere ne isim verilirse verilsin, orası kendisi için yine cehennemî bir yer olmaya devam edecek demektir³².

Ceza, yargı organlarınca verilen bir mahkûmiyetin infazı çerçevesinde, aslında hakkında uygulanacak olanı ıslah etmeye yönelmiş ızdırap verici, korkutucu, caydırıcı, suç teşkil eden ve toplum düzenini bozan eylemi nedeniyle suçlu hakkında kusurluluğu

Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 41 ve 250; Bunun yanı sıra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Soring-İngiltere davasında, ölüm cezası ve ölüm cezasını beklemek demek olan “defro” yani “acaba ölüm cezası ne zaman infaz edilecek!” diye beklemenin, işkence olduğuna hükmetmiştir. YENİSEY, Cezaevlerinde İnsan Haklarının Gelişimi, s. 152.

²⁹ “Ölüm cezası” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TANER, s. 581-588; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısımlar, Cilt II, Beta Yayınları, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 600-618; “Bir kimsenin işlediği suç karşılığı yaşamına son verilmesi olarak ortaya çıkan ‘ölüm cezası’ kadar üzerinde durulan ve toplumun ilgisini çeken başka bir ceza türüne rastlanılmamaktadır” ARTUK, M. Emin, “Ölüm Cezası”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDOĞAN, Caner), İstanbul 2002, s. 72. Bu makale için ayrıca bkz: Prof. Dr. Jale AKİPEK Armağanı, Konya 1991, s. 145-177.

³⁰ ARTUK, Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları), İstanbul 1983, s. 26.

³¹ ROUX, J.-A., Cours de Droit criminel; Repression et Prévention, nakleden: TANER, s. 559; Aynı hususta bkz: ROUX, J.-A., Cours de Droit Criminel Français, Tome I, Droit Pénal, 2. édition, Paris 1927, prg 109, s. 375, 376, nakleden: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 823; Ayrıca: ARTUK, Mehmet Emin, “Emniyet Tedbirleri”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, s. 147, dp. 34.

³² TANER, s. 558-559; “Ceza, faili bir kısım yoksunluklara tâbi kılar. Böyle olunca da, ister istemez, bir ölçüde ızdırap verici, acı çektirici, bastırıcı nitelik gösterir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 544.

ile orantılı olarak, devlet tarafından uygulanan bir yaptırım olarak tanımlanmaktadır³³. Bu nedenle, ceza, sadece hapis ve para cezasından oluşmayabilir. Artık ceza türlerinin de artırılması, çoğaltılması gerekir. Çünkü cezalandırmanın amacı yalnızca iki tür cezanın var olmasını yeterli görmemektedir. Örneğin 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren Rusya'nın yeni Ceza Kanununa göre; ceza türleri, para cezası, resmi kurumda çalışmak veya bir faaliyetten yasaklılık, çalışma yükümlüğü, iyileştirme çalışması, hürriyetin kısıtlanması, oda (hücre) hapsi, belirli bir süre için hürriyetin kısıtlanması, hürriyetin ömür boyu kısıtlanması ve ölüm cezası olarak gösterilmektedir³⁴.

Cezalandırmanın amacı birçok alana yayıldıkça, bu amaçları gerçekleştirecek birçok ceza türüne de ihtiyaç hasıl olmaktadır³⁵. Gelecek birkaç yüzyıl içerisinde, ceza türü olarak birçok yaptırımın görülmesi mümkün olacaktır ki, kanaatimizce; bu cezalar, hapis cezasının alternatifi olan para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlar (cezalar) olarak adlandırılacaktır.

II. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve CEZALANDIRMANIN AMACI (CEZA TEORİLERİ)

Seçenek yaptırımlar, hapis cezası yerine konulan bir başka cezalandırma biçimi olduğuna göre³⁶, burada ortaya konulması gereken en önemli husus hiç kuşku yok ki

³³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 823; Hukuk tekniği açısından ceza hukukunun en önemli yaptırımını oluşturan ceza hakkında yapılacak tanımlamanın, bu kurumu, diğer hukuka aykırı fiil ve hareketlerin nedeniyle uygulanacak yaptırımlarından ayırt etmeye yarayacak özellikleri taşıması gerekir. Bu nedenle, ceza, topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak devletin son çare olarak kanun ile yarattığı korkutucu, bir caydırma yaptırımı olarak tanımlanabilir. Bu yaptırımın, izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı olması gerekir. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 543.

³⁴ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 976.

³⁵ Yeni suç tiplerinin yaratılması ve yeni yaptırım türlerinin kabulü ile suç olmaktan çıkarma faaliyetleri sırasında, modern risk toplumunun yaşamına uygun davranış modelleri tespit etmek, bu tespitleri rasyonel olmayan metafizik gerekçelendirmeler ile yerine getirmek doğru olmayacaktır. Uygun davranış modelleri tespit edilirken, etkili, rasyonel ve amaca uygun ölçülere dayanmak, bir taraftan emir veya yasak normlarına dayanan davranış modelleri oluştururken diğer yandan da amaca uygun, güvenli hareket serbestisi alanlarının bırakılması esas olmalıdır. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 353.

³⁶ Bu yaptırımlara, ceza denilmemesinin temel sebeplerinden biri, alışlagelen cezalar dışında bir cezanın (ölüm, hapis ya da para cezası gibi) olamayacağına ilişkin öntavidir. Zira böylesi bir öntavır, “ortaçağda aslanın tarifini kitaplara göre öğrenmiş birinin, canlı aslanla karşılaşınca ona aslanlık hüviyetini tanımaması gibi bir tutumla karşı karşıya kalınmasına” sebebiyet verebilmektedir. MARDİN, s. 20.

cezalandırmanın amacıdır³⁷. Zira, 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. Cezalandırmanın hangi amaçla yapıldığı, ceza hukukunun felsefesi denilebilecek olan bir alanı oluşturur³⁸. Cezanın ne olduğu, insanların ne amaçla cezalandırıldığı ve ne şekilde cezalandırılmaları gerektiği şeklinde ifade edilebilecek olan bu meseleler, ceza hukuku açısından, insanoğlunun, üzerinde en fazla durduğu sorunları oluşturmuş, bir başka ifade ile bu sorunlar hakkındaki görüşler ve cabalar, ceza hukukunu meydana getirmiştir denilebilir. Bu nedenle, cezalandırmanın hangi amaçla yapıldığı hakkındaki görüşler başlıca üç ana ekseninde toplanabilir. Bunlar; mutlak ceza teorileri olarak adlandırılan kefarete ve adalet teorileri, nisbî ceza teorileri olarak adlandırılan önleme ve caydırıcılık teorileri ve bu her ikisini birleştirmeye, bağdaştırmaya çalışan uzlaştırmacı teoriler olarak isimlendirilmektedir³⁹.

³⁷ Cezanın amacının ne olması gerektiğine ilişkin görüşleri esas itibarıyla iki ana ekseninde toplanabilir. Birincisine göre; ceza geçmişe yönelmiştir ve geçmişte işlenmiş kötü bir fiil ve hareket dolayısıyla verilmektedir. Diğerine göre ise ceza esas olarak geleceğe yönelmiştir ve kendisinden, gerek uygulandığı kişi açısından gerek toplum bakımından gelecekte beklenen yararlar dolayısıyla uygulanmaktadır. Birbirin tamamen zıt gibi görünen bu iki görüşü de abartılı bulan diğer bir görüş tarzı ise, söz konusu iki görüşü bağdaştırmaya çalışmaktadır. Buna göre, gerçekten cezada ödetme (kefarete teşkil etme unsuru), bunun tenkilci, azap ve acı verici niteliğini sağlamaktadır ki bu ise cezanın temelidir ancak, ceza bir amaç değildir fakat kendisinden beklenen amacı elde etmek için bir araç olarak kabul edilmeli, bu yönüyle de geleceğe yönelik fonksiyonu kabul edilmelidir DÖNMEZER/ERMAN Genel Kısım, Cilt II, s. 559 -560.

³⁸ Cezanın amacının ne olduğu hususundaki tartışma, Yunan filozoflarından günümüze kadar, yalnızca hukukçuları değil, onların yanı sıra, düşünürleri, sosyologları ve fikir adamlarını da yakından ilgilendiren konulardan birini oluşturmuştur. Ceza kurumunun bütünü ile ilgili bir genel ceza teorisi olmasa da, yüzyıllar içinde geliştirilen bu fikirlerin tamamından, çağdaş ceza hukukunda, bir cezanın genel amaçları teorisinin meydana geldiği söylenebilir. Cezaların amaçlarının ne olması gerektiğine ilişkin teorisinin oluşumunda VON LISZT'in "Marburg Programı" adlı eserinin özel bir yerinin olduğunu bildirilmektedir DÖNMEZER/ERMAN Genel Kısım, Cilt II, s. 559.

A. Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri ve Seçenek Yaptırımlar

1. Genel Olarak Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri

Bu teorilere göre; ceza bir “amaçtır” ve meşruluğu kendisindedir. Bunlar, eski ve ortaçağda geçerli olan dini ve ilahî öğ fikrinin, kefarete⁴⁰ düşüncesinin başka tabirlerle ifadesidir⁴¹. Bu teorilere göre, cezalandırmanın bir tek gayesi vardır, o da, verilen zararın ödettirilmesi ve yapılan kusurlu hareketin kefaretinin karşılanmasıdır. Suçlunun cezalandırılması, tamamen akli olanın yapılmasıdır. Asıl olan kötülük yapanın bunun karşılığını görebilmesidir. Bunun dışında, cezalandırmanın başka bir amacı olamaz ya da cezalandırmanın meşruluğunun başka yerde aranmasına gerek bulunmamaktadır⁴². Bu teoriler irade serbestisinin varlığı üzerine kurulmuştur. *Taner*’e göre; “irade serbestisi, bir azimet noktasıdır. Deniliyor ki, vicdanların sadası, âmmenin itikadı böyle bir serbestinin mevcudiyetini anlatıyor; bir kimse kanunen suç sayılan bir hareketi yapmak veya yapmamak hususunda haiz olduğu ihtiyarı, onu yapmak sureti ile kullanmış olursa, sorumlu olması gerekir. Bu şekilde fiili isteyerek işlenmesi failin ahlakî ve manevî sorumluluğunu gerektirir”⁴³. Bu nedenle mutlak ceza teorileri cezaî sorumluluğu manevî sorumluluk üzerine kurmaktadırlar.

³⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 9-18; ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s. 27 vd.

⁴⁰ Yapılan bir kötülüğe karşı, eski devirlerde, şahsî öğ alınması, yerine kefarete düşüncesinin geçmeye başlaması ve bunun cezalandırmada esas olması gerektiği yolundaki düşüncenin giderek güçlendiği görülmektedir. Daha çok dinî, ahlakî ve felsefî bir inanışa dayanan bu esasa göre, kötülük yapan kimsenin, bir günah işlemiş olması dolayısıyla manevî dengesi kaybolmuştur. İşlediği kötülük kendisi üzerinde bir yük, bir lekedir. Bu nedenle bunun atılması ve kötülük yapanın temizlenmesi gerekmektedir. Ancak bu yapılır ise, günahından kurtulmuş ve manevî dengesi yeniden kurulmuş olacaktır. Bu yol ile Allahın gazabı onun üzerinden kaldırılabilir. Bunun için de zahmet çekmek, af dilenmek, birtakım yoksunluklara katlanmak, iyiliklere yapmak, kurbanlar kesmek gibi hareketlerde bulunması gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki kefarete esasına Allahın öcü (vengeance divine) adı verilmiştir. TANER, s. 21.

⁴¹ TANER, s. 31; ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 736.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 9; GÖKCEN, Ahmet, “Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Şekilleri”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, s. 46; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II – III, İstanbul, 1992, s. 514 – 515; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 822; ÇOLAK, Haluk, Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı, 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, s. 14.

⁴³ TANER, s. 302.

Bu teorinin en önemli taraftarlarından olan *Kant*'a göre⁴⁴, bir adada yaşayan halkın tamamı birbirinden ayrılıp yaşadıkları toplumu ortadan kaldırmaya karar vermiş olsalar bile, cezaevindeki son ölüm cezasına mahkûm edilenin bu cezasının, infaz edilmesi zorunludur. Zira, bu şahıs, yaptığıının kefareti ödemelidir⁴⁵. Teori temel felsefesini İncil'de yer alan “göze göz, dişe diş” ifadesinden almaktadır. Bu teoriye göre, sanığın eyleminin ağırlığı, mağdura verdiği zarar ile orantılıdır. Bu nedenle, verilecek cezanın şiddeti de verilen zarar ile orantılı olmalıdır. Böylece fail yaptığı eylemin cezasını çekerek suçunun günahından temizlenebilecek ve toplumla hesaplaşmış olacaktır⁴⁶.

Hegel'e göre, suç toplumsal kuralın (hukukun) ihlali ve inkârı, ceza ise suçun inkarıdır⁴⁷. Ancak inkarın inkarı adaleti sağlayabilir.

Sonuçta bu teorilere göre; ceza, toplumun maruz kaldığı zarara karşı, ahlâkî bir karşılık olarak değer görür. Toplumsal hoşnutsuzluk ve yanlışlıkları yaptırım altına almak için kullanılır. Yoksa, cezanın caydırıcılık ve suçluyu rehabilite etmek, iyileştirmek gibi bir amacı olamaz⁴⁸. Bu nedenle, teorinin savunucuları, Alman İdealizminin kurucuları olarak sayılan *Kant* ve *Hegel*'e göre devlet nizamının korunması için idam cezasının varlığı bu anlamda bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

⁴⁴ KANT, 1797 de yazdığı *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* adlı kitabında: kötü bir iş işlemiş olan şahsın bir ceza ve ızdırap çekmesinin yani kusurluluğunun kefareti vermesinin adaletin gereği olduğunu, çünkü, cezanın, suçun işlenmesi ile bozulan manevî muvazenenin (dengenin) iade edilmesini sağlayacağını ifade etmektedir. TANER, s. 30; KANT, hukuk ile ahlaki bir anlamda birleştirmektedir. Çünkü işlenen fiil ile kanunun uygunluğu kanuniyeti, fiil ile fiilin işlenmesine etkin olan amacın uygunluğu ise ahlakiyeti oluşturmaktadır. Hukuk her bireyin iradesinin diğerininki ile uzlaşabilmesini sağladığı için herkes tarafından kabul edilmiş esasların toplamı olarak tanımlanabilir. Çeşitli şekillerdeki uygulamalar ile geçerli hukuk, bundan doğar. FABREGUETTES, M. P., *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Ankara 1945, s. 22, dp. 22.

⁴⁵ (SCHMIDHAUSER, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Auflage, Göttingen 1971, s. 20- 21 ; ROXIN, Claus, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin- New York 1973, s. 2.) nakleden: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 9 ; ayrıca ; ARTUK, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 31 ; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 824; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa, *Ceza Hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yay., Ankara 2005, s. 258.

⁴⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, s. 10 ; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara 1966, s. 13; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.824.

⁴⁷ DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 499; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 824.

⁴⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 825.

⁴⁹ YÜCEL, *Kriminoloji*, s.195.

Bu teori, her kusurun, mutlaka cezalandırılması gerektiğine dayanmakta olup, buna göre, toplumsal, dini ve ahlâkî kurallara aykırılık hallerinin de cezalandırılması gerekeceğinden, sonuç olarak, kişi özgürlüğünün gereksiz yere sınırlanması söz konusu olmaktadır. Devletin görevi, ahlâk düzenini gerçekleştirmek olmayıp, toplumsal yaşantının barış içerisinde sağlanması olduğuna göre, cezanın adaletin gerektirdiği her durumda değil, ancak toplum çıkarlarının zorunlu görüldüğü hallerde uygulanması gerektiği belirtilerek, bu teoriler eleştirilmiştir⁵⁰. Mutlak ceza teorilerine karşı getirilebilecek en önemli eleştirilerden diğeri ise, her suçun mutlaka cezalandırılmadığıdır. Özellikle, günümüzde, devlet, bazı suçları adeta görmezden gelerek, zaman zaman af kanunları ile bazı suçların cezasız kalmasına sebebiyet verebilmektedir. Ayrıca, bazı suçların gizli kalmakta olması nedeniyle, işlenen her bir suçun mutlaka cezalandırılabilirdiğini söylemeye imkân bulunmamaktadır⁵¹. Bir ülkedeki tüm suçluların, cezaevlerinde bulunanlardan ibaret olmadığı; suç türlerine göre değişik oranlarda olmak üzere karanlıkta kalan suç oranı (dark figure = siyah sayılar⁵²) faillerinin de var olabildiği göz ardı edilmemelidir⁵³. Örneğin; Türkiye’de her yıl gerçekte işlenen adam öldürme olaylarının polis ve jandarmaya yansıyan sayıya oranının 1/2 ilâ 1/4 arasında olduğu, çocuk düşürme suçları gibi bazı suçlarda ise gerçekte işlenen

⁵⁰ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, s. 76; ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 736.

⁵¹ İşlenen tüm suçların cezalandırılmamasındaki sebeplerden bir bölümü; kovuşturma şartlarının gerçekleşmemesi (şikayet, izin, karar gibi), zamanaşımının dolması, hâkimin cezanın ertelenmesine karar vermesi ve nihayet suçta siyah sayılar dediğimiz durumun gerçekleşmesidir. Nitekim bu hallerin bir çoğunda devlet kendisi belirli koşullar altında cezanın uygulanmasından vazgeçebilmektedir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 825; Gizli kalmış suçluluğun en önemli nedenlerinden biri de hiç kuşku yok ki bu husustaki mağdurların, kendilerine karşı işlenen suçları yetkili makamlara bildirmek hususundaki çekinceleridir. SOKULLU-AKINCI, Füsün R., Viktimoloji (Mağdurbilim), 2.Bası, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 160.

⁵² “Siyah sayılar, gizli kalmış suç ve suçluları ifade eder” SOKULLU-AKINCI, Füsün R., Kriminoloji, 6. Basım, Beta Yayınları, İstanbul - 2009, s. 72; SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 160.

⁵³ YÜCEL, Kriminoloji, s. 15; “İstatistiklerde gözükmeyen karanlık sayının gözükenlerin iki katı olduğu iddia edilmektedir” F. H. McCLINTOCK, The Dark Figure, Sixth European Conference of Directors of Criminological Research Institutes Council of Europe, Strasbourg 1966, pp 3-27 nakleden: YÜCEL, Kriminoloji, s. 17,dp. 3; Kriminoloji uzun zamandır karanlık denilen bu alanı potansiyel fail ve mağdurlara anket yaparak aydınlatmaya, bu karanlık sayıları bulmaya çalışmaktadır. HEINZ, Wolfgang/CORNELIUS, Iwar/PAILER, Reinfred, Suç ve Ceza Hukuku İstatistikleri Işığında Baden-Württemberg’de Genç İnsanların Suçluluğu (1. Bölüm), (Çev.:Veli Özer ÖZBEK/Pınar BACAŞIZ), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 214.

suç sayısının bilinmesine imkân bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁴. Almanya’da, işlenen kişisel malvarlığı suçlarının yaklaşık olarak ancak yarısının ihbar edilmekte olduğu, ihbar olanağının, suç türüne, ağırlığına, faile, mağdurluk unsurları vs göre değişkenlik gösterebildiği bildirilmektedir⁵⁵.

Cezanın, adaleti daima sağladığı yolundaki iddia da geçerlidir denilemez. Zira, adalet de değişkenlik göstermektedir⁵⁶. Mesela, eskiden, çok küçük bazı suçlar için

⁵⁴ REY, Manuel Lopez, Türkiye’de Suçluların Islahı (Treatment) Üzerine Rapor, (Çev.: Mustafa Tören YÜCEL), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1967, s. 23; Türkiye’de işlenen genel suçların sayısını vermek imkansızdır. YÜCEL, Kriminoloji, s. 17.

⁵⁵ HEINZ, Wolfgang, “Genç İnsanların Suçluluk Gelişimi-Gençlik Ceza Hukukunun Sertleştirilmesi İçin Bir Vesilemi?”, (Çev.: Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 134.

⁵⁶ “Yunan düşüncesi başlangıçta adaleti, adaletsizlik olgusuna dayanarak belirtmek yolunu seçmiş, adaletsizlik olmasaydı insanların adaletin ne olduğunu bilemeyecekleri ileri sürülmüş, böylece red etme yoluyla belirleme yöntemi benimsenmiştir... PLATON’a göre adalet, her insanın yeteneklerine göre kendi hayat süresi içinde kendine düşeni yapmasıdır... ARISTOTALES, dağıtıcı ve denkleştirici (düzeltici) adaleti birbirinden ayırmanın zorunluluğu üzerinde durmuş, dağıtıcı adaleti, şeref ve malların paylaşılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içerisindeki durumuna göre kendine düşeni, payına düşeni almasıdır. Bu nedenle dağıtıcı adalet mutlak değil nisbi (rölatif) bir nitelik gösterir... Denkleştirici (düzeltici) adalet ise, hukuki ilişkide taraf olanların eşit muamele görmesini gerektirir. Tazminat hukukunda zarar verenin neden olduğu zararı tazmin etmesi, ceza hukukunda suç işleyen hak ettiği cezayı çekmesi, düzeltici veya denkleştirici adaletin gereğidir... Ünlü Roma Hukukçusu ULPIAN, adaleti, herkese payına düşeni vermek konusunda sürekli olarak ve sonsuz caba harcanması olarak tanımlamaktadır... Orta Çağ Hukukçusu THOMAS AQUINAS, kanunların adaletle uygunluğu ve aykırılığı konusunda bazı kriterler bulmaya çalışmış, ortak iyiliğe hizmet etmeyen, kanun koyucunun ihtirasına ve gururuna hizmet eden kanunlar, kötü kanun olup bunlar kanun vaz edenler bakımından adaletsiz olabilir. Mesela kanun vaz edene verilen yetkiyi aşan kanunlar bu kategori içerisinde yer alır. Toplum üyelerine eşitliği aykırı hükümlükler getiren kanunlar ise özü bakımından adaletle aykırı kanunlardır... Hollandalı GROTIUS, adaleti söze bağlılık olarak değerlendirmiştir. ...HOBBS, sözleşmeye uymamayı adaletsizlik olarak sayar ve ona göre, adaletin varlığının temel şartı toplumda güvenliğin ve düzenin sağlanmasıdır. Güvenliğin sağlanmadığı bir yerde adaletten de bahsedilemez... KANT’a göre, adalet üç ilkeye dayanmaktadır. Bunlar; şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese payına düşeni ver esaslarıdır... HERBERT SPENCER’a göre adalet için temel değer eşitlik değil hürriyet olmalıdır. Mülk edinmek, sözleşme yapmak, istediği iş ile uğraşmak, seyahat yapmak, düşünce ve dinî kanaatlerini açıklamakta herkes hür olmalıdır. Bir kişinin hürriyeti ancak başkalarının eşit hürriyeti tarafından sınırlandırılabilir... ROUSSEAU’ya göre adaletin temel niteliği karşılıklılık olarak açıklanabilir... John Stuart MİLL’e göre; adalet, soyut manada anlamlı sayılmaz. Adaletle ancak fayda ile ilişki kurularak anlam kazandırılabilir. Adalet duygusu adalet ile fayda arasındaki bağılılığı sağlar. Adalet duygusu, insanı doğru bulmadığı davranışları kınamaya ve hatalı davranışlara karşı ise misillemeye götürür... MARX ve ENGELS, adalet kavramının kapitalist düzendeki sömürünün bir maskesi olduğu görüşünü savunmuşlardır. Marxist Hukukçu PASHUKANIS, eşitlik fikrinin ekonomik gelişmenin başlangıcında malların mübadelesi için kullanıldığını, adaletin de bu anlamda eşitlik ile eş anlamlı olduğunu, ancak eşitsizliğin göz ardı edilmesi, gizlenmesi istenildiğinde adalet kelimesinin eşitliğin yerine istimal edildiğini belirtmektedir. ...Alman Hukukçusu STAMMLER’e göre, pozitif hukukun adaletle uygunluğu veya aykırılığı konusunda geçerli olabilecek tek ölçü ancak değişir kapsamlı tabi hukuk olabilir... İtalyan Hukukçu Giorgio DEL VECCHIO, insanda bulunan fizik ve fizik ötesi benliklerden, fiziki olan ile akıl sahibi bir varlık olarak kendi başına karar vermek gücüne sahip olur. Fizikötesi niteliği ile insan adaletin ebedi çekirdeğidir. İnsanın özünde, onun fizikötesi kişiliğinde saklı bulunan bu çekirdek hem bir fikir hem

verilen çok ağır cezalar, artık günümüzde, çok daha hafif bazı cezalar ile karşılanmaktadır. Bu da adaletin gerçekleştirilmesi için gereken cezanın ve dolayısıyla adalet kavramından beklenilenin zamanla değişiklik gösterdiğini açıklamaktadır⁵⁷.

2. Mutlak Ceza (Kefaret ve Adalet) Teorileri Bakımından Seçenek Yaptırımlar

Mutlak ceza teorileri içerisinde seçenek yaptırımların da olabileceğini söylemeye imtân bulunmamaktadır. Zira, hapis cezasının yerine bir başka ve belki de daha insancıl bir ceza demek olan seçenek yaptırımın, mutlak teorilere aykırı olacağı anlaşılmaktadır. Çünkü, mutlak teoriler açısından failin ıslahı veya yeniden topluma kazandırılması, cezalandırmadan beklenilecek bir amaç değildir. Bu nedenle, hapis cezası yerine geçecek olan başka bir yaptırıma hoş görü ile bakılamaz. Bu nedenle, mutlak ceza teorileri açısından seçenek yaptırım diye bir yaptırım şey söz konusu olamaz. Ceza mutlak ve en katı biçimiyle uygulanmalı, fail gerçekleştirdiği topluma aykırı davranışının ceremesini çekmeli, bu davranışının kefareti (karşılığı) ödemelidir. Bu nedenle, mutlak ceza teorilerine göre ceza geçmişe yöneliktir ya da bir başka anlatımla ceza failin gerçekleştirdiği aykırılık ile yüzleştirilmesidir. Cezadan ileriye yönelik bir fonksiyon beklenemez⁵⁸. Oysa seçenek yaptırımların büyük bir çoğunluğu bakımından en önemli husus, bu yaptırımların uygulandığı kimseler bakımından iyileştirici bir sonucun ortaya çıkması, hükümlünün yeniden sosyal hayat ile barışık bir hale gelmesidir.

bir duygudur...Gustav RADBRUCH, adalet kavramının kültürel bir içeriğe sahip olduğu görüşündedir...Hans Kelsen, adalet sorunun temelinde politika sorunu olduğu kanısındadır. Bu nedenle ona göre, adalet ile ilgili incelemeler hukuk teorisi konusundaki çalışmaların dışında bırakılmalıdır. Adaletin standardı olarak kabul edilen normlar kişiden kişiye değişir ve bunların birbiri ile uzlaştırılması mümkün değildir” GÜRİZ, Adnan, Adalet Kavramının Belirsizliği, (Tebliğ), Adalet Kavramı, (Editör: Adnan GÜRİZ), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 3.Baskı, Ankara 2008, s. 7-12;
 “Adl, adalet, hakka yönelmek, haksızlıktan kaçınmak, her hakkı sahibine vermeye çalışmaktadır. Karşıtı ‘zulüm, gadr’ dır, insafsızlıktır” BİLMEN, Ömer, Nasuhi, Büyük İslam İlmihali, (Sadeleştiren; Ali Fikri YAVUZ), İstanbul, 1993, s. 502.

⁵⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 825.

B. Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri ve Seçenek Yaptırımlar

1. Genel Olarak Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri

Bu teorinin en büyük savunucularından biri *Jeremy Bentham*'dır⁵⁹. 18. yüz yıl İngiltere'sinde yaşamış olan bu müellif ve daha sonra onun yolundan giden düşünürlere göre; kısas anlamsızdır ve asıl olan yararcılıktır⁶⁰. Bireylerin davranışlarına asıl egemen olan, davranışının, neler getirebileceğini görebilmesi ve bunu hesaplayarak, davranışlarını buna göre şekillendirmesidir. Bu nedenle, bir şey çalacak olan bir kimse, onun getirisi ile karşılaşacağı somut tehlikeyi düşünerek bundan vazgeçecektir⁶¹. *Bentham*'a göre, "ceza, tasarruf esaslarını ihlal etmemeli, yani iktisadi olmalı, büyük masrafları mucip olmamalıdır. Bundan başka, ibret verici olmalı, buna meyilli olanları ürpertmeli, suç işlemekten alıkoymalıdır. Bu surette cemiyet, harici görünüşü ile hem verdiği elemi müşahade eder, hem de misal olma niteliğine kavuşur. Cezanın suçtan elde edilecek menfaatin miktarından az olmaması gerekir. Ancak suçun temin edeceği menfaatten pek ziyade olmasına lüzum yoktur. Öyle ise, cezanın zaruret miktarını aşmaması, faili iki menfaat arasında seçim yapmak eğilimini yaralayabilecek miktarı geçmemesi yeterlidir"⁶².

⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 10.

⁵⁹ Hukuk ve Ceza Mevzuatı (Traité de législation civile et pénale) ile Cezalar ve Mükafatlar Nazariyesi (Théorie des peines et des récompenses) adlı iki önemli kitabı bulunmaktadır. TANER, s. 28-29.

⁶⁰ Yararcılık veya nefiye yahut ihtiyariye mektebi olarak adlandırılan bu ekolün, diğer savunucuları ise ; "Epicures, Hobbess (traité de législation t. III p. 67: raisons des lois), Helvetius, Stuart Mill (buna göre bir hakkın mevcudiyeti, cemiyetle muasır bulunmaktadır. İnsanların aynı haklara malik olmasını isteyen yalnız içtimai menfaattir. Bu esas itibarıyla haklarda ne müsavat ne de istikrar bulunmadığı fikrini intaç eder), Ihering (L'esprit du droit Romain, le combat pour le droit, Fondemet de la protection possessoire, Le but dans le droit), V.Guyau, La Morale Anglaise Contemporaine" FABREGUETTES, s. 21, dp. 1.

⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 827.

⁶² BENTHAM, Jeremi, Cürmi Cezalar Nazariyesi, III. Fasl, (Cezalandırmanın Miktarı, Bu Miktarı Tayin Edecek Takdir Şekli). Müellif, bu eserini, kendisi ile aynı çağda yaşamış İtalya'nın en büyük ceza hukukçularından BECCARIA'nın Suçlar ve Cezalar isimli eserinin yayınlanmasından hemen sonra ve onun felsefesini genişletmek amacıyla yazmış, ilk defa BACCARIA'nın bu eserinin Andre MORELET tarafından Fransızca'ya yapılan tercümesinin ikinci baskısına eklenmiş ve böylece İngiltere'den önce Fransa'da yayınlanmıştır. Jeremi BENTHAM'ın bu eseri BECCARIA'nın Suçlar ve Cezalar isimli eserinin Türkçe'ye tercümesini yapan Dr. Muhiddin GÖKLÜ tarafından tercüme edilerek bu eserin arkasına eklenmiştir. Bunun için bkz: BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi), Çeviren Muhiddin GÖKLÜ, 2. Baskı, Güven Basım ve Yayınevi, 1960, s. 344-357.

Beccaria'ya göre; cezaların şiddeti bir milletin bulunduğu hayat şartlarına ve mevcut duruma uygun oranda olmalıdır. Vahşetten henüz kurtulmuş bir millet için ceza, akıllarda kuvvetli ve etkin bir iz bırakacak nitelikte olmalıdır. Vahşi bir aslanı daha çok kudurtacak bir kurşun yerine, onu devirecek bir yıldırım gereklidir. Ancak topluluğun ruhu yükseldikçe ve her bir bireyin hassasiyeti inceliş artıkça, cezaların şiddeti de hafifletilmelidir ki hisle işlenen fiil arasındaki mantık dengesi korunabilsin⁶³. Çünkü; *Beccaria*'nın yaşadığı devirde, suçlara verilecek cezalar ne kadar ağır olursa, başkalarını o oranda korkutarak, insanları suç işlemekten alıkoymaya düşüncesi eğer emendi. Bu ağır cezaların toplumun huzur ve esenliğini sağlamaya ne ölçüde hizmet ettiği araştırılmıyordu. *Beccaria*, “Suçlar ve Cezalar” isimli kitabında⁶⁴, bütün bunları ve ikrâr elde edilebilmesi için işkenceler yapılmasını, sanığa yemin verdirmek gibi yargılama usullerinin kullanılmasını bütün kötü sonuçları ile birlikte eleştirmiştir⁶⁵.

“*Montesquieu*, kesin bir zorunluluk nedeniyle ortaya çıkmayan bütün cezaların zalimlik olduğunu söyler. İnsanın insana yaptığı her türlü baskı kesin bir zorunluluktan doğmuyorsa zalimliklerdir”⁶⁶.

Bentham'a göre ise; cezalandırmanın amacı, başkasının suç işlemesini önlemek, suçluyu ıslah etmek ve onu zararsız hale getirmek ve şayet varsa mağdurun zararlarını tazmin etmek olmalıdır⁶⁷. Hapis cezası ise ancak suçlunun muhafazası, önleyici bir tedbir olması, failin icraya başlamış olduğu bir tecavüzünden onun alıkonulması ve işlenmiş bazı suçların cezalarının infazı için uygulanabilir⁶⁸.

⁶³ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi), (Çev.: Muhittin GÖKLÜ), İstanbul 1950, s. 223

⁶⁴ *Beccaria*'nın Suçlar ve Cezalar (ya da Beşeriyetin Mecellesi) isimli bu kitabının Türkçe'ye ilk tercümesi Muhittin GÖKLÜ tarafından 1950 yılında yapılmış (BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar, Beşeriyetin Mecellesi, Çev.: Muhittin GÖKLÜ, İstanbul 1950). Daha sonra kitabın ikinci baskısı (Suçlar ve Cezalar, Beşeriyetin Mecellesi, Çev.: Muhiddin GÖKLÜ, 2. Baskı, Güven Basım ve Yayınevi, 1960) yapılmıştır. Kitabın daha yeni bir tercümesi ise Zühal ÖZBAYRAK tarafından 2003 yılında yapılmıştır (BECCARIA, Suçlar ve Cezalar, Çev.: Zühal ÖZBAYRAK, Ankara 2003). Ancak bu çeviride, Muhittin GÖKLÜ tarafından 1960 yılında kitabın ikinci baskısına konan ekler tercüme edilmemiştir. Bu çalışma içerisinde zaman zaman kitabın her iki tercümesine ve Muhittin GÖKLÜ tarafından yapılan tercümenin her iki baskısına da atıflar ayrıntı belirtilerek yapılmıştır.; BECCARIA, 1764'de ve henüz 26 yaşında iken (Suçlar ve Cezalar- Traité des delits et des peines) adlı kitabını yayınlamış, bununla büyük bir ün kazanmıştır. Bu eser ceza hukukunun gelişmesine çok büyük bir etkide bulunmuştur. TANER, s. 27-28.

⁶⁵ TANER, s. 28.

⁶⁶ BECCARIA, Suçlar ve Cezalar, (Çev.: Zühal ÖZBAYRAK), Ankara 2003, s. 48.

⁶⁷ BENTHAM, s. 352.

⁶⁸ BENTHAM, s. 357.

Bentham'a göre, cismani cezalar, ölüm, sadece terhibi (afflictive) cezalar, cilt üzerine haysiyet kırıcı damga vurmak, yahut cildi soldurmak (flitrisure), çehreyi çirkinleştirme (dêfiguration), zararsız hale getirme (mesela demire vurma), uzuv kat'ı (mutilation), hapis, sürgün ve çalıştırma veya diğer aktif cezalandırmalar olabilir⁶⁹. Burada dikkat çekici olan “çalıştırma cezasından” bahsetmiş olmasıdır. Cezanın türlerinden bahsederken, hapis cezası yanı sıra bir vergi ve para cezası şekli ile tazmin şeklinden bahsetmesi seçenek yaptırımlar bakımından oldukça ilginçtir⁷⁰.

Görüldüğü üzere, bu teorilere göre; ceza, sanığa yaptığıнын ödettirilmesi olarak ele alınmaz. Ceza, ancak, faili, bir daha suç işlemekten alıkoyacak şiddette ve biçimde olmalıdır. Ceza uygulamaları, suç işleyecek olanlara suç işlemeleri durumunda, başına gelecekleri gösterecek biçimde ve şiddette olmalıdır. Bu nedenle, bir kez suç işleyen ya da tesadüf eseri suç işleyen biri ile mükerrir bir suçlu aynı tehlikelilikte biri değildir.

Bu görüş savunucularına göre; “cezanın istenilen etkiyi yaratabilmesi için o suçun işlenmesi ile birlikte ortaya çıkan faydayı aşması yeterlidir. Buna, suç işleyeninin kesin olarak cezalandırılacağı ve beklenen çıkar kaybı da eklemek gerekir. Bunları aşan bütün cezalar gereksizdir ve zülümdür”⁷¹. Suçluların yakalanma ihtimalinin yüksek olması, her suçlunun cezalandırılması, cezaların artırılmasından daha etkili rol oynar⁷².

Bu teori savunucularına göre, esas itibariyle iki türlü önleme (caydırıcılık) vardır: Bunlar genel ve özel önleme olarak adlandırılır. Genel önleme, insanların, suç işleyenlerin cezalandırılmasını gözlemleyerek, suç bedelinin, suç ile elde edilecek faydadan daha büyük olduğunu görmeleri nedeniyle, suç işlemekten çekinmeleridir⁷³. Özel önleme ise, bireysel caydırıcılık anlamında olup, mahkûmun cezalandırılması ile ileride suç işlemekten çekinmesi, kaçınması söz konusu olmaktadır. Özel önleme, üç

⁶⁹ BENTHAM, s. 350.

⁷⁰ BENTHAM, s. 349.

⁷¹ BECCARIA, Suçlar ve Cezalar, (Özbyrak Çevirisi), s. 96.

⁷² YÜCEL, Kriminoloji, s. 18.

⁷³ Cezanın genel önleme etkisi, cezanın uygulanması ile suç işleyene karşı, kişinin cezalandırılacağına herkese gösterilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü, cezanın uygulanması ile suç işleme eğilimde olan kim varsa bundan korkar ve suç işlemekten vazgeçer. Suçlunun cezalandırılması ile cezalandırma tehdidinin kuru bir tehdit olmadığı herkese gösterilmiş olur. Çünkü ceza uygulaması ile yasada yazılı olan cezalandırma keyfiyetinin gerçekleşeceği, yasada yazılı olanın uygulanacağı ortaya konulmuş olmaktadır. ÇINAR Ali Rıza, Türk Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, s. 12. ; Genel önlemeyi ceza hukukunda bir doktrin haline getirenler esas itibariyle Romagnosi (Genesi del Diritto Penale) ve Feuerbach olmuştur. ÇOLAK, s. 16-17.

şekilde gerçekleşmektedir, bunlar; cezanın şiddetiyle şahsın korkutulması⁷⁴, suçlunun tecrit edilerek toplumun zararlı kimseden korunması⁷⁵ ve suçlunun rehabilite edilmesi⁷⁶ ile topluma yeniden kazandırılmasıdır⁷⁷. Ceza infaz edilmekle, suçlu ıslah edilmekte, eğitilmekte ve gelecekte tekrar suç işlemeyecek şekilde iyileştirilmektedir⁷⁸.

Önleme (caydırıcılık) teorisi de birçok bakımdan eleştirilmiştir. Zira cezaların önleyici ilkesini destekleyecek sonuçların var olduğunu söylemek oldukça güçtür⁷⁹. Cezanın, caydırıcı olduğu yolundaki görüş, evveleminde, bütün insanların kendi yararlarını düşünerek hareket ettikleri tezine dayanmaktadır ki, bu, tüm suç işleyen insanlar için geçerli olabilecek bir kural olarak değerlendirilemez⁸⁰. Mesela, ruhsal ve sinirsel rahatsızlığı bulunduğu için suç işleyen kimseler için durum böyledir. Suç

⁷⁴ Cezanın türü ve oranı suçluyu bir daha suç işlemekten alıkoyacak ölçüde olmalıdır. Ceza, suçluya “suçumun sonuçları çok acı vericiydi, bir daha suç işlemeyeceğim, çünkü cezalandırılma riskini bir daha göze alamam” dedirtmelidir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 828; ÇINAR, s. 13.

⁷⁵ Suçluları kilitleyip, kilitleri de atalım ifadesi ile, suçlunun tecrit edilmesi yoluyla toplumun ondan korunması, saldırganın daha fazla suç işleme kapasitesinin, onu hapiste tutarak veya idam cezasına çarptırılması yoluyla ortadan kaldırılması gerekliliği vurgulanmaktadır.

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 828; ÇINAR, s. 13.

⁷⁶ Nitekim, 20. yüzyıl boyunca suçun nedenleri ve suçlu kişilikleri üzerinde birçok araştırma yapılmıştır. Bu araştırmaların büyük çoğunluğu, tedavi tekniklerinin bulunup geliştirilmesi amacıyla yöneliktir. Suçla mücadelenin en etkin yolu, suçlunun saldırgan davranışlarının kaynağında bulunan sosyal, psikolojik veya biyolojik etkenlerin bulunup bu hususlarda var ise bu bu düzensizliklerin giderilmesi gerekmektedir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 830.

⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 827-828.

⁷⁸ ÖNEN, Mesut, Hukuka Giriş, İstanbul 2005, s.51 – 52; SYCAMNIAS, Evan, The Level of Punishment Must Strike a Balance, s. 1, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc12.html>), (erişim: 30.10.2009).

⁷⁹ Örneğin, 1840 yılında Thomas Teplemen isimli bir adamın karısının katili olarak Glasgow’da idamı sırasında, yankesicilerin faaliyetlerine, idam sehpasının gölgesinde devam ettikleri, işledikleri suç idam cezasını gerektirmesine karşın ve asılan adam tepelerinde sallanırken, yankesicilerin kendileri için iyi bir fırsatın belirdiğine inandıkları, bu nedenle, idam cezasının bile önleyici etkisi hakkında kuşku duyulması gerektiği ifade edilmektedir. YÜCEL, Kriminoloji, s. 189; “...idam cezası evvela fiili işleyen faile bir fayda sağlamaz. Ayrıca mahkumdan yeniden gelecek tehlike müebbet hapisle tamamıyla izale edilebilir. Şu halde idam cezasını savunmak cezalandırmanın gayelerinden en zayıfını sağlamaktadır” ZÖHRAP, Kırkor, Hukuk-ı Ceza, İstanbul 1325 (eski yazı), s. 268, (nakleden: GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s.36); ABD’de, Sosyolog Rosemary ERICSON tarafından yapılan araştırmada; 20 Eyalet hapisanesinde bulunan toplam 310 banka soyguncusu ve sokak gaspçısı mahkûm ile yapılan görüşmelerde, ki bu mahkûmların büyük bir çoğunluğu daha önce de hapis cezası ile cezalandırılmış oldukları halde, cezanın tehdit boyutunun bunlar üzerinde hiç ya da çok az olduğunu göstermektedir. Araştırma, kuvvetle, cezalandırmanın tehdit etme etkisinin gasp suçunu işleyecek olanlar üzerinde çok az bir etki bıraktığını, kaldığı ki bunların % 83’ünün suç işledikten sonra yakalanmayacaklarına inandıklarını, % 80’inin ise yakalandıklarında cezalandırılacakları hususunda bir fikirlerinin olmadığını savunmaktadır. SYCAMNIAS, The Level of Punishment, s. 2.

⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 830.

işleyenlerin sayıları, günümüzde, istatistiklerle ortaya konulduğu halde, cezadan korktuğu için suç işlemekten alıkonulan insanların sayısını tespit etmeye imkân yoktur⁸¹.

Bu teori, “suç” kavramından ziyade, “suçlu” kavramı üzerinde durur ve onun ıslahına yönelmektedir⁸². Cezanın ıslah edici fonksiyonu, abartılmaktadır. Suçlu, ancak ıslah olduğuna kanaat getirildiğinde, toplum içerisine gönderilmektedir ki, bu ise, cezanın, mutlaka bir zamanla sınırlı olması gerektiği tezine aykırı olur. Suç işleme ihtimali bulunan bir kimsenin, özgürlüğünden alıkonulması, toplumsal yarar karşısında, kişisel hürriyetin feda edilmesi anlamına gelir⁸³.

2. Nisbî Ceza (Önleme ve Caydırıcılık) Teorileri Bakımından Seçenek Yaptırımlar

Seçenek yaptırım kavramı, cezanın caydırıcı olduğu veya cezanın önleme fonksiyonu olduğunu savunan teoriler içinde anlam bulabilir. Bu teorinin seçenek yaptırım kavramına uzak olduğu söylenemez. Zira, failin çalıştırılması gibi bir ceza, adı seçenek yaptırım olarak belirtilmese de, bu teori içerisinde bulunmaktadır⁸⁴. Failin ıslahı gerektiği yolundaki bir düşünce, hiç kuşku yok ki, insanı, seçenek yaptırımın gerekliliği kavramına yaklaştırır. Ancak, bunun süresi ve şartlarının belirginleştirilmemesi, kişi hak ve hürriyetini derinden yaralar. Seçenek yaptırımların şiddetleri dikkat alındığından, bu yaptırımların genel önlemeden ziyade özel önlemeye hizmet ettikleri söylenebilir. Ancak cezanın korkutuculuğu nedeniyle oluşan genel önleminin, özel önlemeye nazaran gittikçe daha az başvurulan bir yöntem olduğu dikkatlerden uzak tutulamaz.

⁸¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 830.

⁸² Cezanın belirlenmesinde, ilk defa ortaya konulan, fiil değil, fail cezalandırılmalıdır ilkesi 19. yüzyılın ünlü kriminologu von LISZT tarafından ortaya konulmuş olup, bu ilkenin uygulanması, özel olarak eğitilmiş infaz personeli ve psikiyatri uzmanlarının teşhis yargısını bir ön şart olarak gerekli kılmaktadır. YÜCEL, Kriminoloji, s. 9.

⁸³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 831.

⁸⁴ Örneğin; BECCARIA'ya göre; “...suçluları durdurmak için en güçlü önlem, bir hainin ölümünün kısa ama korkunç gösterisi değil, hayvan gibi çalıştırılan ve çektiği eziyet ile topluma yaptığı kötülüğün bedelini ödeyen özgürlükten yoksun bir insanın çektiği acıdır” BECCARIA, Suçlar ve Cezalar (Özayrak

C. Uzlaştırıcı (Karma) Teoriler ve Seçenek Yaptırımlar

1. Genel Olarak Uzlaştırıcı (Karma) Teoriler

Sadece, toplumun gelecekteki çıkarlarını göz önünde bulundurarak, adalet düşüncesini ihmal eden, nisbi ceza teorileri⁸⁵ ile toplumun gereksinimlerini düşünmeyen mutlak ceza teorilerinin hatalı yanlarını ortadan kaldırmak için, “karma” veya “uzlaştırıcı (eklektik) teori” denen ve bu her iki teorinin birleşmesinden oluşan kuram, 19. yüzyılın ilk yarısında ortaya atılmış olup, bu kuramın savunucuları arasında, Fransa’dan *Guizot, Jouffroy, Rossi, Charles Lucas, Ortolan, Molinier*, Almanya’dan *Mittermaier, Berner, Geyer*, İtalya’dan *Carrara* gibi yazarlar bulunmaktadır⁸⁶.

Bu teoriye göre, ceza, hem adaleti yerine getirmek ve hem de, toplumu savunmak için verilmekte olup, cezanın ölçüsünün iki sınırı bulunmaktadır. Bunlar ise; “adalet” ve “yarar” ölçütleridir ki, ceza, ancak “adil ve yararlı” olduğu sürece verilmelidir. Bu iki sınırdan birinin aşılması durumunda ise, toplumun ceza vermek yetkisinin doğru kullanılmadığını söylemek gerekir⁸⁷.

Günümüzde, suçluların, uygun ıslah ve rehabilitasyon araçlarıyla yeniden topluma kazandırılmaları, tekrar suç işlemelerinin engellenmesi, vazgeçilemez bir idealdir. Ancak bu ideale ulaşırken, cezanın kefaret (ödetici) niteliğinden de vazgeçilemez. Bu anlamda, ceza, işlenen suçun karşılığı olarak failin kusuruyla orantılı bir biçimde hükmedilmelidir. Böylece, toplum düzenin korunması bakımından genel

Çevirisi), s. 99. Görüldüğü üzere, müellif burada ölüm cezası yerine gerekirse çalışma cezasının konulabileceğini savunmaktadır.

⁸⁵ İngiliz faydacılarına göre; birey, kendi mutluluk ve sefaleti konusunda hürriyet içinde faaliyet gösterebilmelidir. Bu görüş, 19. yüzyıl sonlarında en ileri aşamaya ulaştığında, artık tüm kıt’alar keşfedilmiş, keşfedilen tüm kaynaklar işletilmeye başlanılmış, endüstri de alabildiğine güçlenmiş, bir başka anlatım ile, burjuvazinin kurduğu kapitalizm gelişmesinin doruğuna ulaşmıştır. Ancak, bu gelişmenin toplumsal yaşamda yarattığı tahribat ve acı sonuçlar ise artık iyice görülmeye başlanılmıştır. GÜRKAN, Ülker, “Sosyal Adalet”, (Tebliğ), Adalet Kavramı (Editör: Adnan GÜRİZ), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 117.

⁸⁶ ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32.

⁸⁷ ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s. 32; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 832.

önleme de sağlanmış olacaktır⁸⁸. Suçta ve cezada kanunilik prensibi, ceza adaletinin çabukluğu⁸⁹ ve cezanın kesinliği, genel önlemeye hizmet eden araçlardır. Somut olayın özelliğine göre belirlenen bu niteliklerinden biri diğerine üstün tutulabilir⁹⁰.

Günümüzde, ceza hukukçularını çoğunlukla etrafında toplayan ve mukayeseli mevzuatça da genellikle kabul edilen “Yeni Sosyal Savunma”⁹¹ teorisi çerçevesinde, ceza hakkında görüş şu biçimde özetlenmektedir. Cezanın, kefarete teşkil edici ve mutlak adalet gereği uygulanan bir müeyyide olduğu görüşü artık terk edilmektedir. Bunun yanı sıra, pozitivist akımın etkisi ile meydana çıkmış sorumlu olmayan suçlu telakkisinin sonucu olan ceza görünüşüne de itibar olunmamaktadır. Mümkün olduğu kadar yumuşak bir ceza sistemi yaratmak⁹² ve cezanın en geniş ölçüde suçluya uydurulabilmesini sağlamak asıl amaç olarak alınmalıdır. Dikkatlerin, cezaî iyileştirme tedbirlerinin etkinliği üzerine çekilmesi sonucu, ceza verme uygulamasında çeşitlilik yanı sıra daha ılımlı yaptırımlar konulmasına doğru bir eğilimin var olduğu söylenebilir⁹³. Zira özellikle sosyal savunma teorisi, “her suça bir ceza değil, ama her bireye uygun bir önlem” çağrısındadır. Örneğin, *Gramatica*’ya göre, “bu önlem en geniş anlamda anlaşılmalıdır: Hasta, her tür psişik anormallikleri içeren yönüyle tedavi edilmelidir.

⁸⁸ “Uzlaştırıcı teoriler; cezanın kusura göre tespiti ve fakat genel ve özel önleme amaçlarının da dikkate alınması gerektiğini savunurlar” GÖKCEN, Ahmet, Cezanın Amacı, s. 51.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 259-260.

⁸⁹ “Ceza adaletinin sağlanması devleti en çok uğraştıran sorunlu konulardan biridir. Adalet duygusunun en çabuk zedelendiği alan ceza hukukudur” MUMCU, Ahmet, “Günümüzdeki Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri” (Tebliğ), Adalet Kavramı (Editör: Adnan GÜRİZ), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 160.

⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 18.

⁹¹ ANCEL, La Défence Sociale Nouvelle, Paris 1954, s. 1974 nakleden: DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 547; GRAMMATICA’ya göre; “...olaya bağlı ‘cezaî sorumluluk’ kavramını kaldırmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü insan ve toplum gerçekliğine bağlı ve çok daha geniş bir kavram oluşturmak gerekir. Bunlar da özne açısından ‘toplumsallık (socialita)’ya da toplum yaşamına karşıtlık (antisocialita’ kavramlarıdır” GRAMMATICA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çev.: Sami SELÇUK), 2. Baskı, İmge Yayınları, Ankara – 2005, s. 36; Toplumsal savunma akımının diğer iki büyük temsilcisi ise, Belçikalı Adolphe PRINS (eseri: Toplumsal Savunma ve Ceza hukukunda Değişmeler, Brüksel, 1910) ve Fransız Marc ANCEL’dir. (eseri: Yeni Sosyal Savunma, La Défence Sociale Nouvelle, Paris 1954), GRAMMATICA, s. 26, 27, 43.

⁹² Çünkü bu gün için kriminolojik verilere göre, (özellikle genç ceza hukuku bakımından) yaptırımların ağırlaştırılmasının ne özel ve ne de genel önleyici bakış açısı itibarıyla bir yararının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla; sert ceza hukukunun yarar sağlayacağına olan inanış bilimsel bir temelden yoksundur. HEINZ, Wolfgang/SPIESS, Gerhard, “Suç ve Ceza Yargısı istatistikleri Işığında Gençlerin Suçluluğu”, (Çev.: Ali Kemal YILDIZ), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 405.

⁹³ YÜCEL, Kriminoloji, s.212.

Bilgisiz veya uyumsuz (inadattato) kişi, toplum yaşamını öğrenecek biçimde eğitilmelidir. Gereksinme içinde bulunana, yaşamın toplumsal açısından zorunlu sınırlamalarının onun bencil eğilimlerini zorlaması için, yardım edilmelidir. Kötülüğe eğilimli olan (sapkın), salt acı vermek için değil, tersine toplum savunması ve topluma dönüşü sağlamak amacıyla, toplumdan uzaklaştırılmalıdır⁹⁴. Cezanın amacı⁹⁵ yerine göre, suçluda bir şok etkisi meydana getirmek olmakla beraber, esas hedef, suçluya vurmak değildir. Fakat, onu, “tekrar sosyalleştirilmesi maksadıyla, belirli kurumların uygulanması rejimine” tabi kılmaktır.

Görüldüğü üzere cezanın içeriği zamanla değişmekte ve daha çok suçlunun uslanmasına, hatta iyileştirilmesine yönelmekte, ceza siyasi bastırma değil, fakat sosyal savunma amacı gütmektedir. Suçlunun kişiliği biyolojik⁹⁶ ve sosyal planda göz önünde tutulmakta, yerine göre, birlikte uygulanan ceza ve güvenlik tedbirleri birbirini tamamlamaktadır⁹⁷.

⁹⁴ GRAMMATICA, s. 38.

⁹⁵ Bilim adamları arasında, cezanın anlam ve amacının ne olduğunun saptanması hususunda yaklaşık iki bin yıldan beridir bir çabanın var olduğu söylenebilir. İki yüz yıldır gittikçe taraftar toplayan bakış açısına göre, ceza hukuku yasaklarının amacı, insanların birlikte yaşamasının koşullarını güvence altına almak olduğu yönündedir. Buna karşılık, Alman ceza hukukunda, bu amaç farklı bir biçimde ele alınmakta olup, yaklaşık yüz yıldan beridir, bu amacın hukuksal değerleri korumak olduğunu savunulmaktadır. ÜNVER, Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 37.

⁹⁶ Son zamanlarda yapılan araştırmalar, kromozom düzeni anormal olan kişilerin suça daha yakın eğilimli olduğunu göstermiştir. İnsan organizmasını teşkil eden hücreler 23 çift kromozomdan meydana gelmekte, birden fazla cinsiyet kromozomu olan kişilerin zekâ bakımından oldukça geri olabildikleri, 47 kromozom (22 Çift –XXY) taşıyan erkeklerin, henüz tam olarak bilinmeyen nedenlerle, daha saldırgan ve suça daha eğilimli kimseler olduklarını anlaşılmaktadır. YÜCEL, Kriminoloji, s.111; Günümüzde, LOMBROSO’nun görüşleri ve doğuştan suçlu kavramı terkedilmişse de, ‘kötü tohum’ hipotezi hiç yok olmamıştır. Bu tez bu gün için, insanların kromozomlarında bulunmaya çalışılmaktadır. SAMENOV, Inside the Criminal Mind, New York 1984, s.18 (nakleden: SOKULLU-AKINCI, Kriminoloji, s. 161 vd.); Fransız genetikçilerinden J. LEJEUNE tarafından “organizmasında fazla Y kromozomu bulunan erkeğin 30-40 defa fazla suça eğilimli olduğunu” açıklanmış, ancak birden fazla (Y) cinsel kromozomu bulunan kişilerin arasında yaşamları boyunca suç işlemeyenlere de rastlanıldığı ifade edilmiştir. Kromozom anormalliklerinin doğuştan olması ve bu tür anormalliklerin, anti-sosyal davranış riskini artırması göz önünde bulundurulduğunda, LOMBROSO’nun anti-sosyal davranışların nedenleri olarak biyolojik faktörleri göstermesi yolundaki fikrinin yadsınamaz olduğunu kanıtlamakta, bu doğrultudaki fikirlerin yeniden canlılık kazanmasına sebebiyet verebilmektedir. FORSSMAN, Chromosomes and Antisocial Behavior, Exrepte Criminologica, 1967, s. 113-117 nakleden: YÜCEL, Kriminoloji, s.112; Y kromozomunun saptanması son derece kolay bir işlem olup, kromozom anormalliği saptanan çocuğun özel ruh statüsünde büyütülmesi durumunda, kendisindeki bu biyolojik anormalliğe rağmen suçlu olabileceklerin sayısı azaltılabilecektir. AMIR, M./BERMAN, Y., Cromosomal Deviation and Crime, Federal Probation Washington June 1970, s.55-62 nakleden: YÜCEL, Kriminoloji, s. 112.

⁹⁷ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 547.

“Cezanın amacını uzlaştıracı teorilerle açıklamak yerindedir. Çünkü, günümüzde, suçluların ıslah ve rehabilitasyonu yoluyla yeniden topluma kazandırılmaları, suç işlemekten engellenmeleri vazgeçilmez bir idealdir. Bu ideale ulaşmak için, cezanın kefaret teşkil edici fonksiyonundan vazgeçilemez. Bu nedenle işlenen fiilin suçun karşılığı olarak failin kusuru ile orantılı şekilde ceza verilmelidir, toplum düzeninin korunması bakımından genel önleme de sağlanmalıdır”⁹⁸.

2. Uzlaştıracı (Karma) Teoriler Bakımından Seçenek Yaptırımlar

Cezalandırmanın amacının ne olduğu veya olması gerektiği hususunda ileri sürülecek görüşlerden ancak karma nitelikte olanı yani cezalandırmanın amacının sadece kefaret veya sadece caydırma (korkutma) ve ıslah ile açıklanamayacağı, aslında cezalandırmanın amacının, zaman zaman bunların hepsinin olabileceği yolundaki görüş, seçenek yaptırımların kabul edilmesini de bir anlamda zorunlu kılmaktadır. Çünkü, cezalandırmanın amacı karma teorilere göre açıklandığında, bunu sağlayacak vasıtaların neler olması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır ki, bu sorunun cevabı çağdaş ceza hukukunu benimseyen ülkeler bakımından hapis cezası yerine uygulanacak seçenek yaptırımlar olmaktadır. Zira seçenek yaptırımların türlerine bakıldığında bunların bir kısmı failin yeniden suç işlemesine engel olacak, onu rehabilite edecek amaç ve hedeftir. Seçenek yaptırımların, uzun süreli etkisi düşünüldüğünde, toplumsal güvenliği, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasından daha iyi sağladığı görülmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezanın, hükümlüleri kindar bakışlı ve anti sosyal yaptığı, oysa seçenek yaptırımların mahkemelerce cezanın bireyselleştirilmesi sonucu uygulanmakta olması nedeniyle, daha iyi sonuçlar verdiği anlaşılmaktadır. Çağdaş yaşamın gittikçe karmaşık hale gelen istemlerine uyum sağlamakta güçlük çeken bireylerin iyileştirilmesi, bunun toplum içerisinde yapılmasını gerekli kılmaktadır⁹⁹.

⁹⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 832.

⁹⁹ Bunun yanı sıra, seçenek yaptırım ve önlemlerin infazının, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından daha az bir harcamayı gerektirdiği de söylenebilir. Çünkü, seçenek yaptırımların uygulanması cezaevi kurumları gibi personelle yüklü kurumsal harcamayı gerektirmemektedir. YÜCEL, Kriminoloji, s. 217.

TCK 50.madde içerisinde düzenlenmiş bulunan seçenek yaptırımlara bakıldığı zaman, bu seçenek yaptırımlardan, kefaret niteliğinde olanı da bulunmaktadır ki mesela failin gerçekleştirdiği zararın aynen giderilmesine karar verilmesi (TCK m. 50/1-b) kanaatimizce bu nitelikte bir seçenek yaptırım olarak değerlendirilebilir.

Failin ıslah edilmesine yönelik seçenek yaptırımlara ise, TCK m. 50/1 (b)'de yer alan, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, bir eğitim kurumuna devam etme veya 50/1 (f) maddesinde yer alan, kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya ilişkin seçenek yaptırımlar örnek olarak gösterilebilir.

TCK'nın 50/1 (d) maddesinde düzenlenen belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklamaya, 50/1 (e) maddesinde yer alan sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suç işlenmesi durumunda belirli bir süre ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya ilişkin seçenek yaptırımın, faili yeniden suç işlemekten alıkoymaya yönelik bir yaptırım olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç olarak, seçenek yaptırımlar ile cezalandırmanın amacını açıklamaya çalışan ceza teorileri arasındaki bağıntı irdelendiğinde, cezalandırmanın amacının karma teoriler ile açıklanması ile birlikte ve karma teorilerin zamanla daha çok kabul gören anlayışlar olarak ortaya çıkmasından sonra, hapis cezası yerine başkaca yaptırımların da uygulanması gerektiği ifade edilmeye başlanılmıştır. Bir başka söyleyiş ile esasında hapis cezası yerine, başka tür yaptırımların uygulanması gerektiği görüşü ile cezalandırmanın amacını açıklayan karma nitelikteki teorilerin yakın bir ilişki içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu ise ceza hukukundaki anlayışın değişmesi, daha ılımlı ve daha insani (ümanist) bir gelişmenin gerçekleşmesi çerçevesinde olmaktadır.

§2. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN DÜZENLENMESİ

I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN 765 SAYILI TCK DÖNEMİNDE DÜZENLENMESİ

A. 765 Sayılı TCK'nın Seçenek Yaptırımlara Yer Vermemesi

01.03.1926 Tarihli 765 Sayılı Türk Ceza Kanuna, 1274 Tarihli Ceza Kanunundan bazı maddeler alınmış ise de, esas itibarıyla, 1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli Kanunu¹⁰⁰) örnek alınarak hazırlanmıştır.

Bu Kanun, klasik ceza hukuku anlayışını yansıtmakta olup, yürürlükte kaldığı dönem içerisinde, birçok değişikliğe uğramıştır. Bunlardan 08.06.1933 tarih ve 2275 Sayılı Kanun ile 84 maddesi, 11.06.1936 Tarihli 3038 Sayılı Kanun ile 143 maddesi değiştirilmiştir¹⁰¹.

765 Sayılı TCK'nın ceza sistematığı incelendiğinde, en dikkate değer hususlardan biri hiç kuşku yok ki, kanun koyucunun, bu kanunda, güvenlik tedbirlerine ve seçenek yaptırımlara yer vermemiş olmasıdır. Çünkü; me'haz olan Kanunun hazırlandığı tarihlerde, bu tanımlamalar, henüz ceza kanunlarına alınmamıştı¹⁰². Ancak daha sonraki tarihlerde ceza kanunda yapılan değişiklikler ve özellikle 647 Sayılı CİHK ile tedbirler (ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar) getirilmiştir.

¹⁰⁰ Zanardelli, bu kanunun hazırlanmasında büyük bir caba harcayan o dönemin Adalet Bakanıdır. Bu nedenle Kanunun, “Zanardelli Kanununu” olarak anılmıştır. Bu Kanunun yerine 1930 Kanunun konulmuştur ki o da ‘Rocco Kanunu’ adı ile bilinmektedir. TANER, s. 150-151; 1958 yılında hazırlanan ve fakat daha sonra kanunlaşmayan tasarı hazırlanırken Rocco Kanunu (Codice Rocco) esas alınmış ancak bu tasarı daha sonra kanunlaşmamıştır. JESCHECK, Hans-Heinrich, Kusur İlkesi (Alman Ceza Hukukuna Giriş, Tercüme eden: Feridun YENİSEY), İstanbul 2007, s. 153.

¹⁰¹ TANER, s. 151.

¹⁰² TANER, s. 573.

B. Seçenek Yaptırımların 647 Sayılı CİHK’da Düzenlenmesi

647 Sayılı CİHK, 16.07.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰³. Türk Ceza Kanunundaki yaptırımlar sistemini, esaslı şekilde değiştiren 647 Sayılı CİHK, hürriyeti bağlayıcı cezalarda faili topluma yeniden kazandırma düşüncesini ön plana çıkartmış ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, geniş ölçüde para cezası öngörmüş, batının modern suç siyasetini uygulayan ülkelerde¹⁰⁴ olduğu gibi şartlı salıverme ve tecil müesseselerinin tatbik alanını genişletmiştir. Batı örnekleri arasında, Almanya’nın 1962’de hazırladığı Ceza Kanunu Tasarısı da önemli rol oynamıştır¹⁰⁵. 647 Sayılı Kanunun sağladığı cezalar ve seçenekler karşısında ceza adaletinin ussal bir yapıya kavuşmuş olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

647 Sayılı Yasanın 3. maddesinde kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar belirlenmiş, 4. maddesinin 1. fıkrasında, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, bunları, para cezasına veya aynen iade veya tazmin, altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etme, bir yılı geçmemek kaydıyla belirli bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men, her nev’i ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar geçici süreyle geri alınması gibi tedbirlere (seçenek yaptırımlara) çevirmeye olanak sağlamıştır. 22.6.1979 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2248 Sayılı Yasanın 10. maddesi ile

¹⁰³ 647 Sayılı CİHK’nın yürürlüğe girdiği 16.07.1965 tarihindeki 4. maddesine göre; “ağır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre; mahkemece; 1.Kabahatlerde, beher gün karşılığı 5 ilâ 10 lira, cürümlerde 10 ilâ 30 lira hesabı ile para cezası, 2. Altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde, iktisadi Devlet teşekküllerinde çalıştırmaya, 3. Aynen iade veya tazmine, 4. Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah müessesesine devam etmeye, 5. Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men’e, 6. Her nevi ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına, hükmolunabilir” di. Bu madde, 03.05.1973 tarih ve 1712, 12.06.1979 tarih ve 2248, 21.01.1983 tarih ve 2788, 15.04.1987 tarih ve 3355, 07.12.1988 tarih ve 3506 Sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramıştır.

¹⁰⁴ Suç siyaseti, genel ve özel önleme dahil, suça karşı mücadele hedeflerini belirlemek, mücadele araçları tespit etmek ve bunların ne surette kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulamaları sanatı olarak tanımlanabilir. DÖNMEZER, Sulhi, “Suç Siyaseti”, İÜHFM, C LII, S. 1-4 (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan Sayısı), İstanbul, 1987, s. 6-7; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 30-31; Suç siyasetinin, hukuk devleti, kusur ve ümanite olmak üzere üç ilkesi bulunmaktadır. ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanunu, s.17; Aynı makale için ayrıca bkz: ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Kanunun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, YÜHFD, Cilt III, Sayı: 1, Yıl: 2006, (s. 3-14).

¹⁰⁵ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 153.

değişik 2. fıkrasında ise, suç tarihinden önce para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar hakkında, hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalarla, suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına veya tedbire çevrilmesinin zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir.

Getirilen tedbirler de dikkate alınarak *Dönmezer* ve *Erman* tarafından, Ceza Hukukumuzdaki yaptırımlar böylece, dört ana başlık altında toplanmıştır¹⁰⁷. Bunlar; a) Cezalar, b) Ceza Mahkumiyetlerinin neticeleri (765 say. TCK m. 31), c) Ceza Yerine konulan yaptırımlar, tedbirler (seçenekler) (647 say. CİHK m. 4), d) Doğrudan doğruya hükmolunan tedbirler. Görüldüğü üzere burada seçenek yaptırımlar (müeyyide) için diğer tedbirlerden farklı bir başlık açılması zarureti hissedilmektedir. Bu seçenek yaptırımların diğer tedbirlerden (güvenlik tedbirlerinden) farklı olduğunu gösteren bir örnek olarak belirtilmelidir.

II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TCK ÖNTASARILARINDA DÜZENLENMESİ

İlk defa yeni bir TCK hazırlanması hususundaki tasarı 1940 tarihlidir. Bundan sonra 1958 yılında ikinci tasarı metni hazırlanmıştır¹⁰⁸. Kamuoyundan ve bilim çevrelerinden gelen eleştiriler ve diğer bir kısım nedenlerden ötürü bu Öntasarıların kanunlaşamadıkları anlaşılmaktadır¹⁰⁹.

A. 1987 Tarihli TCK Öntasarısında

Yeni bir TCK Öntasarısı hazırlamak üzere, Adalet Bakanlığının 14.01.1985 Tarihli Mucipnamesi ile kurulan Komisyon, çalışmalarını, 1987 yılında tamamlamış, Öntasarı metni Bakanlığa sunulmuştur.

¹⁰⁶ YÜCEL, *Kriminoloji*, s. 210

¹⁰⁷ DÖNMEZER/ERMAN, *Genel Kısım*, Cilt II, s. 598.

¹⁰⁸ ZAFER, s. 21; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.96-98.

¹⁰⁹ Bu husustaki eleştiriler için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 96-98

Seçenek yaptırımlar, 1987 Tarihli Öntasarıda düzenlendiğı biçimiyle, 1989 tarihli Öntasarıya alınmıştır.

B. 1989 Tarihli TCK Öntasarısında

1987 Tarihli Öntasarı hakkında kamuoyunda oluşan görüşlerin alınmasından sonra, Bakanlık tarafından, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer* başkanlığında ikinci bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyon, Öntasarı’ya 1988 yılında son şeklini vermiştir. 1989 Öntasarısı olarak adlandırılan bu tasarı da, kanun teklifi olarak TBMM’ye getirilememiştir. 1989 Tarihli TCK Öntasarısı esas itibariyle, birkaç yenilik dışında (tüzel kişilerin sorumluluğı gibi) 1987 Öntasarısının bir tekrarı niteliğindedir¹¹⁰.

1989 Tarihli Öntasarı’nın 61. maddesi “Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanacak ceza ve tedbirler” başlığını taşımaktadır ve bu madde aynen aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir.

“Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar¹¹¹, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mahkemece;

1.Kabahatlerde beher gün karşılığı binbeşyüz liradan üçbin liraya kadar hafif, cürümlerde üçbin liradan altıbin liraya kadar, ağır para cezasına,

2. Aynen iade veya tazmine,

3. Bir yılı geçmemek kaydıyla bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye,

4. Bir yılı geçmemek kaydıyla belirli bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek veya san’atları icradan men’e,

5. Her nev’i ehliyet ve ruhsat belgelerinin bir aydan bir yıla kadar geri alınmasına,

6. Altı ayı geçmemek ve hükümlünün rızası bulunmak kaydıyla kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya,

Çevrilebilir.

¹¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 105.

¹¹¹ 1989 Tarihli Öntasarı’nın 57/2. maddesi gereğince; “müebbet hapis, bir yıldan yukarı hapis ve hafif hapis cezaları uzun süreli; bir yıl ve daha az hapis ve hafif hapis cezaları ise kısa süreli sayılır”

Kanun maddesinde şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasına hükmolunması öngörüldüğü takdirde, hakim, şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih ederek hüküm verirse, artık bu ceza para cezasına çevrilemez.

Evvelce, şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar ile mahkûm edilmiş olsalar bile bu cezaları para cezasına veya tedbire çevrilmiş bulunanlar hakkında, hükmolunan otuz güne kadar (otuz gün dahil) şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar ile altmışbeş yaşını doldurmuş bulunanların mahkûm edildikleri kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, yukarıdaki bentlerde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilir. Bu hallerde yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli olsa da fail hakkında bu maddenin birinci fıkrasının 1 inci bendi hükmü uygulanır.

Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez.

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.

Bu tedbirin yerine getirilmesi hükümlünün elinde olmayan sebepler yüzünden imkânsız hale gelmişse hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

Bu madde hükümleri sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ve birinci fıkranın 3. ve 6. bendi hükümleri subaylar, askerî memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz”¹¹².

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirlerin 1989 Tarihli Öntasarı içerisindeki yerine bakılacak olursa: Öntasarı’nın 5. Kısmı “Müeyyide” başlığı altında, Birinci bölümde “cezaları”, ikinci bölümde ise “Asli cezaları” düzenlemektedir. Üçüncü bölüm “Fer’i Cezalara” ayrılmıştır¹¹³. Bundan

¹¹² TCK 1989 Öntasarısı, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1989, s. 24-25.

¹¹³ 1989 Tarihli TCK Öntasarısı’nda asli ceza fer’i ceza ayrımı yapılmıştır. Öntasarı’nın 54. maddesine göre; cürüm ve kabahatlere özgü asli cezalar düzenlenmiş olup, : Ölüm cezası, müebbet hapis cezası, ağır

sonraki bölümlerde ise sırasıyla, “Cezaların Tespiti ve Ferdileştirilmesi”, Cezanın Ertelenmesi ve Hükmün Geri Bırakılması”, “Dava ve Cezanın Ortadan Kaldırılması” ve Yedinci Bölümde “Güvenlik Tedbirleri” düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine hükmolunacak ceza ve tedbirler, “Asli Cezalar”ın yer aldığı, İkinci Bölüm içerisinde yer almaktadır. Netice itibariyle; Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler, 1989 Tarihli TCK Öntasarısı’nda da güvenlik tedbirleri içerisinde değil¹¹⁴, Asli cezalar içerisinde düzenlenmiştir.

C. 1997 Tarihli TCK Öntasarısında Düzenlenmesi

1989 Tarihli TCK Öntasarısı’nın sunulmasından 8 yıl sonra, Adalet Bakanlığınca, yeniden bir Komisyon kurulmuş ve aradan geçen zamanda dikkate alınarak, 1989 Tarihli TCK Öntasarısının yeniden gözden geçirilmesi ve konunun kapsamına giren diğer ceza mevzuatı üzerinde de çalışmalar yapma görevi verilmiştir¹¹⁵.

para cezası cürümlere özgü aslî ceza, hafif hapis cezası ve hafif para cezası ise kabahatlere özgü asli ceza olarak gösterilmiştir. Öntasarı’nın 55. maddesinde ise; “Cürüm ve kabahatlere özgü fer’i cezalar ise; kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması, işyerinin kapatılması, müsadere, suç sebebiyle mülkiyetin Devlete geçmesi olarak tespit edilmiştir” TCK 1989 Öntasarısı, s. 22.

¹¹⁴ TCK 1989 Öntasarısı’nın 93. maddesine göre; “güvenlik tedbirleri ise şahsî hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri ve haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri olarak iki grupta toplanmıştır. Şahsî hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri; Bir eğitim-işevinde veya tarım işletmesinde ıslâh edilme, denetimli serbestlik, belli yerlerde ikametın yasaklanması, içki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma, Akıl maluliyeti veya diğer bir ruhi zaaf veya sakatlık sebebiyle cezaları indirilmiş olan suçluların bu husus için kurulmuş bir sağlık kurumunda tedavi altına alınmaları, sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışanlık haline getirmiş bulunan suçluların tedavi altına alınmaları, Yabancılar hakkında sınır dışı edilmedir. Haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri ise; fûruuna veya eşine karşı hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş bulunan hükümlünün fûru üzerindeki velayet hakkının veya vasilik veya kayyumlık sıfatının kaldırılmasına ilişkin olup, Türk Kanunu Medenisinde yer alan hükümlerin uygulanmasına ve failin kocalık haklarından yoksun kılınmasına, işlenen suçun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler suçlunun kişilik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle karar verilebilmesi, hakkında hapis cezasına hükmedilen failin cezasının infazı süresince mahcuriyet halinde bulundurulmasına karar verilebilmesi ve önleyici kefalet olarak gösterilmektedir” TCK 1989 Öntasarısı, s. 41-42.

¹¹⁵ TCK 1997 Öntasarısı’nın hazırlanması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz: ARTUK, Mehmet Emin, “1926 Türk Ceza Yasası ile 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’nın Hazırlanması Üzerine Düşünceler”, 75. Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu (22-23 Ekim 1998 Diyarbakır), Diyarbakır 2000, s. 156-174.

Komisyon¹¹⁶, 1989 TCK Öntasarısı'nı gözden geçirmiş, bazı maddeleri değiştirmiş ve Tasarıya yeni bazı hükümler eklemiştir. 1997 Tarihli Öntasarı'da¹¹⁷, suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirtilmiştir (m. 1). Öntasarı'da asli ve fer'î ceza ayrımı yapılmış olup, 55. maddede aslî cezalar, 56. madde ise fer'î cezalar tek tek sayılarak gösterilmiştir. Öntasarı'nın, 95. ve müteakip maddelerinde güvenlik tedbirleri ve türleri açıkça sayılmış ve tek tek düzenlenmiştir. Çocuklar hakkında uygulanacak cezalar ve güvenlik tedbirler ise 104. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 1997 Öntasarısı'nda, seçenek yaptırımlar, aslî cezalar içerisinde ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın çevrileceği seçenek olarak 62. maddede düzenlenmiştir¹¹⁸. Bu maddenin kenar başlığı ; “Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı

¹¹⁶ Komisyon, 05.07.1996 ilâ 25.06.1997 tarihleri arasında toplam 24 kez toplanmıştır. Komisyonun Başkanlığı görevi 1989 Öntasarısında olduğu gibi Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yerine getirilmiştir. Komisyon şu isimlerden oluşturulmuştur: İsmet KÜRÜMOĞLU, Ersin ESEROL, Uygur AKTALAY, İhsan AKÇİN, Faruk EREN, Çetin ÖZEK, Köksal BAYRAKTAR, Feridun YENİSEY, M.Emin ARTUK, Doğan SOYASLAN, Duygun YARSUVAT, Bahri ÖZTÜRK, Durmuş TEZCAN, İsmet ONUR, A.Tuncer SÖNMEZ, Ali EM, F.Gülçin DURAK, M.Ata ATABEK, Haluk ÇOLAK, Keskin KAYLAN, Mahmut ACAR” TCK 1997 Öntasarısı, s. 3-5

¹¹⁷ TCK 1997 Öntasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri 3, s. 39

¹¹⁸ 1997 Öntasarısı'nın 62. Maddesi: “Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mahkemece;

1) Kabahatlerde beher gün karşılığı beşyüzbin liradan birmilyon liraya kadar hafif, cürümlerde birmilyon liradan ikimilyon liraya kadar ağır para cezasına,

2) Aynen iade veya tazmine,

3) İki yılı geçmemek kaydıyla bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye,

4) İki yılı geçmemek kaydıyla belirli bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek veya sanatları icradan men' e,

5) Her nevi ehliyet ve ruhsat belgelerinin iki aydan iki yıla kadar geri alınmaya,

6) Altı ayı geçmemek ve hükümlünün rızası bulunmak kaydıyla kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya, çevrilebilir.

Kanun maddesinde şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasına hükmolunması öngörüldüğü takdirde, hâkim, şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih ederek hüküm verirse, artık bu cezayı para cezasına çeviremez.

Evvelce şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar ile mahkûm edilmiş olsalar bile bu cezaları para cezasına veya tedbire çevrilmiş bulunanlar hakkında hükmolunan otuz güne kadar (toz gün dahil) şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar ile altmışbeş yaşını doldurmuş bulunanların mahkûm edildikleri bir yılı aşmayan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, yukarıdaki bentlerde yazılı ceza veya tedbirlerden birine çevrilir. Bu hallerde yukarıda fıkra hükmü uygulanmaz.

Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza uzun süreli olsa da fail hakkında bu maddenin birinci fıkrasının 1 inci bendi hükmü uygulanabilir. Bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez.

Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaları tedbirlerden birine çevrilmiş olanlardan, Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içerisinde tedbir hükümlerini yerine getirmeyenler ile

cezaların seçenekleri” biçimindedir. Bu tasarıya göre, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza ise iki yıl ve daha az süreli hafif hapis ve hapis olarak tanımlanmıştır (m. 57/2). Öntasarının 56. maddesine göre ise; Cürüm ve kabahatlere özgü fer’i cezalar; kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması, işyerinin kapatılması, araç kullanma ehliyetinin geri alınması, müsadere, suç sebebiyle mülkiyetin Devlet geçmesi şeklinde sıralanmıştır. Ceza ve güvenlik tedbirleri ayrımının, 1997 Öntasarısı’nda çok ayrıntılı ve daha anlaşılır bir biçimde olduğunu söylemek gerekir.

D. 2000 Tarihli TCK Tasarısı ile 2003 Tarihli TCK Tasarısında Düzenlenmesi

2000 Tarihli TCK Tasarısı esas itibarıyla 1997 Tarihli Tasarının yeniden gözden geçirilmesi suretiyle meydana getirilmiş olup, genel hükümlere ilişkin düzenlemeler açısından iki tasarı arasında paralel bir yapı bulunmaktadır¹¹⁹.

Seçenek yaptırımlar bakımından, 2000 Tarihli Tasarı ile 2003 Tarihli TCK Tasarısında (Hükümet Tasarısında) önemli sayılabilecek bir değişiklik yapılmamış, önceki düzenlemeler esas itibarıyla korunmuştur. 12.05.2003 tarihinde TBMM’ne gönderilen Tasarıda, hükümetin teklif ettiği metinde, seçenek yaptırımlar, “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların seçenekleri” kenar başlığı ile Tasarının 64. maddesinde düzenlenmiştir¹²⁰.

infaza başlandıktan sonra hüküm gereklerine aykırı davranışlar hakkında, hükmedilmiş tedbir, bu hükmü veren mahkemece birinci fıkranın 1 inci bendinde yazılı esaslar dairesinde para cezasına çevrilir.

Tedbirin yerine getirilmesi hükmünün elinde olmayan sebepler yüzünden imkansız hale gelmişse hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

Bu madde hükümleri sırf askerî suçlar ile askeri disiplin suçları ve birinci fıkranın 3 üncü ve 6 ncı bendi hükümleri de subaylar, askeri memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz” TCK 1997 Öntasarısı, s. 39-40.

¹¹⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 112.

¹²⁰ TBMM, 22.Dönem, 664. Sıra Sayısı, s. 269-270. Adalet Komisyonunun kabul ettiği metin bakımından bkz: s.455-456.

III. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN 5237 SAYILI TCK'DA DÜZENLENMESİ

5252 Sayılı ve 04.11.2004 Tarihli Türk Ceza Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 12. maddesi gereğince, 1926 tarih ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu bütün ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmış, yerine 01.06.2005 tarihinden itibaren 5237 Sayılı Yeni TCK yürürlüğe konulmuştur. 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesi yerine, TCK'nın 50. maddesinde yer alan düzenleme getirilmiş olup, bu bazı yenilikler içeren bir düzenlemedir¹²¹.

¹²¹ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı: “Belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmak cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir. Kişi gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psikik ve ahlakî eğilimleri itibarıyla tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir. Ayrıca kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda çektirilmesinin doğurduğu sakıncalar nedeniyle, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekebilir.

Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağlı hukukî sonuçlar doğmayacaktır.

Ancak Tasarının 64. maddesinde benimsenen seçenek yaptırımlar esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni seçenekler eklenmiş, ve bunun yanında söz konusu yaptırımların etkin biçimde uygulanmasına yönelik ilave düzenlemelerde bulunulmuştur. Nitekim kamunun uğradığı zararın giderilmesi, özellikle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verilmiştir.

Getirilen diğer bir yenilikle; ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklama seçenek yaptırımlara başvurulabilmesi, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması koşuluna bağlanmıştır. Böylece ancak suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde, ehliyet ve ruhsatların geri alınması ya da meslek ve sanatın yasaklanması yaptırımına hükmedilebilecektir.

Kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezası, hâkim tarafından uygun görülmesi ve kendisinin de rızasının bulunması halinde kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilebilecektir. Hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması ve bir ücret alması da söz konusu değildir. Kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş olan ve eğitim derecesi elverişli bulunan bir kişinin örneğin okuma yazma öğreten bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi, bu seçenek yaptırıma örnek olarak gösterilebilir. Doğal olarak, bu tedbirin uygulanma usulü ayrı bir tüzük veya yönetmelikte belirlenecektir.

İkinci fıkrada, bir kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin hakim takdirine göre seçimsel ceza olarak uygulanabileceği belirtilmiş ve hâkim, takdirini kullanarak hapis cezasına hükmetmiş ise artık bu cezayı, maddenin birinci fıkrasını uygulamak suretiyle adli para cezasına çeviremeyeceği açıklanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı haller belirlenmiştir. Bu hallerde, mahkeme kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına ve diğer seçenek tedbirlerden birine çevirebilecektir. Bunun için kişinin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve hükümlünün hapis cezasının otuz günden fazla olmaması gerekir. Keza daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşının bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir. Dördüncü fıkrada; taksirli suçlardan dolayı hükümlünün hapis cezası uzun süreli olsa da fail hakkında birinci fıkranın (a) bendinin uygulanabileceği açıklanmıştır.

TCK'nın üçüncü kısım başlığı “yaptırımlar” şeklindedir. Bu kısmın birinci bölümünde cezalar, ikinci bölümünde ise “güvenlik tedbirleri” düzenlenmektedir. Güvenlik tedbirleri; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53)¹²², eşya müsaderesi (m. 54), kazanç müsaderesi (m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular (m. 58), sınır dışı edilme (m. 59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (m. 60) olmak üzere ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ise “Üçüncü Kısım Birinci Bölümde” düzenlenmektedir ki, bu bölümün başlığı “cezalar” şeklindedir. Çünkü TCK 45. maddede cezalar, 46. maddede hapis cezaları, 47. maddede ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, 48. maddede müebbet hapis cezası 49. maddede kısa süreli hapis cezası düzenlendikten sonra, 50. maddede kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar başlığı altında, bu yaptırımlar, tek tek sayılarak düzenlenmekte, cezalar ve cezaların özellikleri ile ilgili düzenlemeye devam olunarak, 51. maddede hapis cezasının ertelenmesi, 52. madde ise adlî para cezası düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunacak olan seçenек yaptırımlar, birer güvenlik tedbiri olarak değil, hükmolunması gereken kısa süreli hapis cezasının yerine hükmolunabilecek bir başka yaptırım, bir başka ceza olarak düzenlenmektedir.

Madenini beşinci fıkrasında, hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbire çevrilmesindeki esas amaç göz önünde tutularak, asıl mahkûmiyetin artık çevrilen adlî para cezası veya tedbir olduğu belirtilmiş, böylece gerek cezanın ertelenmesi gerek tekerrür açılarından hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine verilmiş olan para cezasına veya tedbire itibar olunması sağlanmıştır.

Altıncı fıkra, kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan adlî para cezasının veya tedbirin gereklerinin yerine getirilmemesinin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre; hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenек yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilememesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, uygulamada kısa süreli hapis cezası esas alınacaktır.

Yedinci fıkra ise, hükmolunan tedbire riayet etmek olanaksızlığının meydana çıkması halinde mahkemeye, bunun yerine başka bir tedbire karar vermek yetkisinin tanınması uygun görülmüştür.”

¹²² “765 Sayılı Kanun’dan farklı olarak, Kanun, cezalar arasında, ayrıca, kiminin ferî ceza dediği, ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak hukuku bağlayıcı cezalar ceza olarak yer vermemiştir. Her ne hikmetse, Kanun koyucu, gerekçede ‘asli ceza ve ferî ceza ayrımını’ kaldırdığını ifade etmiş, hukuk bağlayıcı cezaları, ceza saymayıp, ben yaptım oldu diyerek, güvenlik tedbiri saymış ve tedbir kalıbında düzenlemeye çalışmıştır. Zaten kendi içinde çelişkili olan düzenlemenin, maalesef isabetli olduğunu söyleyemiyoruz...” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 79.

TCK, “yaptırımlar” terimini, üçüncü kısımda, hem ceza ve hem de güvenlik tedbirleri için kullanmaktadır. Kanun, 45. maddesinde ise hapis ve adli para cezasını ise “ceza” olarak tanımlamaktadır¹²³.

TCK, ne 45. maddesinde ve ne de 50. maddesinde, “seçenek yaptırım” için “ceza” ibaresini kullanmaktadır¹²⁴. Ancak, bu yaptırımlar birer ceza olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, Kanun, yaptırım terimi hem ceza ve hem de güvenlik tedbirleri için kullanmaktadır. Birinci bölüm içerisinde yer alan cezalar içinde ise, 50. madde kısa süreli hapis (hürriyeti bağlayıcı) cezasına “seçenek yaptırımlar” adı altında düzenlemektedir.

Maddenin başlığında kısa süreli hapis cezasına “seçenek yaptırımlar” ibaresi kullanılmıştır¹²⁵. 3. fıkra zorunlu olarak seçenek yaptırımlara çevirme hali düzenlenirken “birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan” söz edildiği, böylece 1 fıkra yer alan yaptırımların seçenek yaptırım olduğu açıkça belirtilmektedir. 5. fıkra; “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir” denildiğinde, seçenek yaptırım yerine tedbirden bahsetmekte, aynı şekilde 7. fıkra “hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir” denildiğinde de yine tedbirden bahsedilmektedir.

¹²³ Madde gerekçesi: “Kabahatlerin ceza kanunundan çıkartılmasının kabul edilmesi, Tasarıda benimsenen yaptırım sistem ve türlerinin değişmesini sonuçlamıştır. Suç Karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. Ceza olarak ise sadece hapis ve adli para cezası uygulanacaktır” TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı; Buradaki anlatım doğru değildir. Zira anlatımın “Kabahatlerin ceza Kanundan çıkarılmasının kabul edilmesi, Tasarıda benimsenen yaptırım sistem ve türlerinin değişmesi ile sonuçlanmıştır” olması gerekirdi. “Değişmesini sonuçlamak” doğru bir anlatım tarzı olamaz. “Değişmesi ile sonuçlanmak” olması gerekir.

¹²⁴ “Bu durumda, ceza hukukunda, ceza sistemini kendi içinde tutarlı ve anlaşılır bir hale getirmenin tek yolu, 45. maddede suç karşılığında uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar ve nakdi cezalar arasına, 50. maddede öngörülen ve Anayasa’nın ifadesi ile ‘kişinin haklarını kayıtlayan’ yoksunlukları da ceza müeyyidesi saymaktır.” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; Bu görüşe tamamen katıldığımızı ifade etmeliyiz. Çünkü kanaatimizce kanun koyucu seçenek yaptırımlara açıkça ceza demek cesaretini gösterememiş ancak yine de cezalar içerisinde düzenlemek zorunda kalmıştır. Bu uygulanmak istenen yaptırımın mahiyetinden ileri gelmektedir.

¹²⁵ TCK’nın yapılan İngilizce çevirisinde; madde başlığı çok doğru bir biçimde ve haklı olarak, “Alternative Sentences for Short-Term Imprisonment”, kısa süreli hapis cezasına seçenek (alternatif) cezalar biçiminde çevrilmiştir. Bknz: GRIEVES, Edward/BIÇAK, Vahit, Turkish Penal Code, September 2007, s. 34; “Sentence”, İngilizce’de yaptırımdan ziyade “ceza” ya da “mahkûmiyet anlamında kullanılmaktadır. Bknz: ATALAY, Hamit, İngilizce Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, C 2, s. 3041.

Bunun yanı sıra, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce 5237 Sayılı TCK'nın 50/6. maddesi; ; “hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir” şeklinde olduğu halde, buradaki “yaptırımın” ibaresi, belirtilen Kanun ile “ tedbirin” biçimine dönüştürülmüştür.

Özetle; 50. maddede biri madde başlığında, diğeri 3. fıkrada olmak üzere iki kez “seçenek yaptırımdan”, 5., 6. ve 7. fıkralarda ise birer kez olmak üzere, üç kez de “tedbir” den bahsedilmektedir. Yani, madde öncelikle kullandığı terim açısından kendi içerisinde tutarlı değildir¹²⁶. Aslında anlaşılması gereken, bu maddede yer alan düzenlemenin, seçenek yaptırımlara (seçenek cezalara) ilişkin olduğudur ve bu maddede yer alan yaptırımların tamamının, birer seçenek yaptırım (ceza) olduğudur¹²⁷. Yaptırımların güvenlik tedbirleri dışında kalan ve asıl yaptırımlar olarak adlandırılacak olan cezalar içerisinde düzenlenen ve kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunması gereken bir başka ceza (yani ceza yerine kaim olan bir başka ceza) veya madde başlığına uygun olarak seçenek yaptırım (ya da seçenek ceza) teriminin bir bütün halinde kullanılması çok daha uygun olurdu. Bunun yapılmamış olması bir eksikliktir¹²⁸.

¹²⁶ Terim birliğinin olmayışı sadece TCK'nın 50. madde içerisinde değil, sistemin tamamında görülmektedir. Örneğin; TCK'nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımların nasıl infaz edilmesi gerektiği ile alakalı olarak CGTİHK'nın 109. maddesinin kenar başlığı “Seçenekli yaptırımların uygulanması” dır. Madde: “Kısa süreli hapis cezası yerine TCK'nın 50 nci maddesine göre hükmedilen seçenekli yaptırımların infazında uygulanacak rejim, tüzükte gösterilir” şeklindedir. Olması gereken, hem madde başlığındaki ve hem de madde içerisinde geçen “seçenekli” ibaresinin “seçenek” olarak değiştirilmesidir.

¹²⁷ “Kanun, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar adı altında ihlale tepki olarak adli para cezası yanında, kişide yoksunluk yaratan birçok başka cezaya yer vermiş bulunmaktadır. Düzenleme yeni bir şey getirmemiş zaten niteliği tartışmalı olan mülga 647 Sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükmünü kısmen değiştirerek buraya aktarmıştır. Kanunun kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar dediği kişi hürriyetini kayıtlayan tedbirler, tıpkı hapis cezası, adli para cezası gibi, ihlale tepki olduklarından, ismine ister ceza densin ister denmesin, ceza müeyyidesidirler” HAFIZOĞULLARI, Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı 1, Kış 2007, s. 79; Benzer anlatım için bkz: HAFIZOĞULLAR, Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2010, s. 470.

¹²⁸ Benzer eksiklik ve yanlışlıkların 5237 Sayılı (Yeni) TCK'nın sistematüğinden kaynaklandığı söylenebilir. Kanunun tamamını için ise bir uçtan diğer uca kadar farklı görüşlerin dile getirildiği görülmektedir. Örneğin; Bu görüşlerden birine göre; “2004 Tarihli TCK, belli bir ceza hukuk anlayışını yansıtmayan, biçim ve içerik yönünden hatalar ve çelişkilerle dolu olan devşirme bir kanundur” TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 23-24. Benzer görüşler

IV. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEKİ YERİ

Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre; “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz¹²⁹

04.11.1950 tarihinde, Roma’da imzalanan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 3. maddesi gereğince, hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemlere tabi tutulamaz¹³⁰ Benzer düzenleme İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartı¹³¹ ve Arap İnsan Hakları Şartı’nda da yer almaktadır¹³².

Görüldüğü üzere insanlık dışı ya da “onur kırıcı ceza ve işlem” ile işkence gayri hukukî bir muamele olarak aynı kategori içerisinde nitelendirilmekte olup, ceza için getirilen bu tür sınırlamaların, devletler tarafından ceza kanununa konulacak seçenek yaptırımlar için de geçerli olacağından şüphe etmemek gerekir.

için bkz: İÇEL, Kayhan, “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural”, Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, s. 15-18; Bu görüşlere aykırı sayılabilecek bir görüş ise Alman Hukukçusu ROXIN tarafından dile getirilmektedir. Ona göre; ...Yeni Türk Ceza Kanunun Genel Hükümlerinin uluslararası standartlara uygun iyi bir kanun koyma eseri olduğu söylenebilir. Cezalandırılabilmesinin şartlarının gayet detaylı ve hukukî güvenilirlik kazandırıcı şekilde düzenlenmiş olması, ayrıntılı yaptırım sistemi ve her yerde müşahade edilebilirliği üzere, hukuk devleti ilkelerinin güvence altına alınması için gösterilen gayretler (örneğin kusur ilkesinin geniş kapsamda gerçekleştirilmiş olması) özel bir takdiri hak ettirmektedir. Yeni Türk Ceza Kanununun gayet olumlu bir yan etkisi de Türk ve Avrupa Ceza Bilimi arasındaki yüksek seviyede yürütülen diyalogun önemli ölçüde geliştirilmesini sağlayacak olmasıdır.” ROXIN, Claus/İSFEN, Osman, “Yeni Türk Ceza Kanunun Genel Hükümleri” (Çev.: Osman İSFEN), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s. 275-293), s. 293.

¹²⁹ Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, s. 185.

¹³⁰ BATUM, Süheyl, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, İstanbul 1999.

¹³¹ İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Şartı’nın 5. Maddesine göre; “Her birey, bir insanda doğuştan var olan onuruna saygı gösterilmesini ve hukukî statüsünün tanınmasını isteme hakkına sahiptir. İnsanın her yolla sömürülmesi ve haklarından mahrum edilmesi özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, eziyet, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele yasaktır”. Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, s. 186.

¹³² Benzer bir düzenleme Arap İnsan Hakları Şartı’nın 15. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “Özgürlüğünden mahrum edilme cezası ile cezalandırılan kimselere insanca muamele edilecektir”. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. ve 3. paragrafları da cezalandırma konuları ile alakalı olup, Buna göre; “Hiç kimse, işkenceye ya da eziyete, insanlık dışı yada aşağılayıcı cezaya yahut muameleye tabi tutulamaz. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan herkese, insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna uygun şekilde muamele edilecektir. Ceza Suçlu dışında başka kimselere teşmil edilemez” Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, s. 186.

1960 Londra ve 1965 Stockholm Birleşmiş Milletler Kongreleri'nde, kısa süreli hapis cezalarından tamamen vazgeçilmesi önerilmiştir¹³³.

Avrupa Konseyi Danışma Meclisi, 1959 tarihinde aldığı tavsiye kararı ile 1961 yılında, "Suç Sorunları Alt Komitesi" kurulmuş ve bu komite ile hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, seçenek yaptırımların geliştirilmesi ve uygulanmasını kontrol amacı güdülmüştür¹³⁴.

1965 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi¹³⁵, hükümetlerden özellikle; üye ülkeler yasama organlarının yargı ve diğer yetkili organları kontrol ederek hürriyeti kısıtlayıcı cezalar yerine başka yaptırımların uygulanmasını, ilk defa suç işleyenler için, şartlı tedbirlerin, kabul edilmesini, hükmün ertelenmesi, denetimli serbestlik (probation)¹³⁶ tedbirlerinin uygulanmasının yaygınlaştırılmasını istemiştir¹³⁷.

¹³³ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 272.

¹³⁴ AVCI, Mustafa, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Seçenekler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 1994, s. 313.

¹³⁵ Daha önce Avrupa Toplulukları Konseyi olarak anılan bu organ, Maastricht Anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra, (07.02.1992 tarihinde Hollanda'nın Maastricht kentinde 12 üye devlet tarafından, 17 protokol ve 333 beyan ile birlikte imzalanan bu anlaşma Avrupa Birliği Anlaşması olup, kurucu anlaşmadır) Konsey adını almıştır. Konsey'in, 08.11.1993 gün ve 93/591 Sayılı Kararı ile bu defa Avrupa Birliği Konsey'i (Conseil de l'Union Européen) adı almıştır. Bakanlar Konseyi olarak da anılan bu organ, Birliğin temel karar alma organıdır. Konsey, üye devletlerin çıkarlarını, Birliğin ise devletler üzerindeki meşruiyetini temsil etmektedir. Ancak bu organın, Avrupa Konseyi (Zirve) olarak tanımlanan ve üye devletlerin devlet ya da hükümet başkanlarından oluşan, siyasi bir organ niteliğindeki konsey ile karıştırmamak gerekir. Çünkü, Bakanlar Konseyi üye devletlerin temsilcisi olan bakanlardan oluşmaktadır. KOCASAKAL, Avrupa Birliği, s. 6 ve 14.

¹³⁶ Probation, özel bir biçimde belirlenmiş olan suçlulardan bir kısmı hakkında, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya açılmış bir davada duruşma yapılmasının ertelenmesi, ya da hükmedilen bir cezanın şartlı olarak geri bırakılmasını ifade etmektedir. Ancak burada serbest bırakılan suçlu veya hükümlü hakkında salt onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, suçlu veya hükümlüyü belirgin bir iş yada işleme yöneltme veya onun hakkında bir idari sistemin uygulanması söz konusu olmaktadır. SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 54.

¹³⁷ AVCI, s. 103; KAMER, Vehbi, Kadri, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, 2. Bası, s. 314; Avrupa Topluluğu Anlaşmasının (ATA) 10. maddesine göre, üye devletler, iş bu anlaşmadan kaynaklanan veya Topluluk kurumlarının işlemlerinden ileri gelen yükümlüklerini yerine getirmek amacıyla tüm genel veya özel önlemleri alacaklardır". Bu anlaşmaların olumlu etkisi olarak anılmaktadır, üye devletlerin iç hukukunda bulunan yasal engel veya kısıtlamaların topluluk hukuku ile çatıştığı durumlarda, iç hukuk kuralının uygulanmaması ise olumsuz etki olarak isimlendirilmektedir. KOCASAKAL, Avrupa Birliği, s. 194-202. Sözü edilen karar ATA m. 249/5 kapsamında kalan bir tavsiye kararı niteliğinde görülse bile, üye devletlerin sadakat yükümlülüğü gereğince, ATA m. 5 uyarınca, hukuksal açıdan önem taşımakta ve bağlayıcı olmamakla birlikte belirli bir hukuksal etkiye sahip bulunmaktadır. ERDEM, Mustafa, Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin yayınları, Ankara 2004, s. 38.

1960'lı yılların sonlarına doğru, suç politikasının¹³⁸ kriz içine girdiği görülmektedir. Bunun en önemli nedeni, sanayileşmiş batılı ülkelerde ve gelişmekte olan ülkelerde, olağanüstü artan suçluluğun tehdit edici boyutlara ulaşmasıdır¹³⁹. Suçluluğun giderek artması ile birlikte, birçok ülkede yargı organlarının iş yükü çok büyük miktarlarda artmış ve bu nedenle, bu güne kadar hapis cezası ve bunun infazına güvenen birçok ülkede, kısa süreli hapis cezalarına seçenек olarak erteleme, para cezası, çalışma cezası ve özgürlüğü sınırlayıcı başkaca yaptırımların uygulanması gerektiği gündeme gelmeye başlamıştır¹⁴⁰. TCK'nın 50. maddesine, 4. maddesi ile mesned teşkil eden 647 Sayılı CİHK'nın da, tüm bu gelişmelerin de etkisiyle 1965 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, 13 Nisan 1973 gün ve 73/17 Sayılı Kararı ile, üye devlet hükümetlerine, önemsiz suç failleri veya toplum için pek tehlikeli görülmeyen kişilere, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının azaltılması yolunda gerekli önlemleri almak ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile hürriyet rejimi arasında yer alacak yeni cezai iyileştirmeye yol açabilecek ve dikkatli bir biçimde derecelendirilmiş tedbirler alınması ile bunların geliştirilmesi yolunda öneride bulunulmuştur¹⁴¹.

Kısa süreli hapis cezasına seçenек konusu, Milletlerarası 1974 Budapeşte Kongresinde'de ele alınmış ve yeni kurumlara olan ihtiyaç belirtilmiş, daha sonra bu konu Avrupa Konseyince ele alınmıştır¹⁴².

¹³⁸ “Suç politikası esas itibariyle bir kontrol müdahalesidir. Bununla, ceza hukuku müdahalesinin nasıl ve ne üzerine olup olmayacağına karar verilir”. DEMİRBAŞ Timur, Kriminoloji, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 48.

¹³⁹ Bir çok gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde, son on yıllar içinde, suç oranları katlanarak artmaktadır. Yapılan araştırmalar, ciddi ve özellikle şiddet içeren suçların oranının arttığı on ülkeden, dokuzunun ekonomileri değişmekte olan ülkeler olduğunu göstermektedir. Güney Afrika ve Güney Afrika'nın bazı şehirlerinde adam öldürme suçlarının oranı Avrupa'nın gelişmiş ülkelerinden on kat daha fazladır. Gelişmekte bulan ülkelerin şehirlerinde, her yüz bin nüfusa, ortalama 22 ile 64 arasında adam öldürme suçu düşmektedir. DÖNMEZER, Sulhi, “Suçun Önlenmesinde Toplumun Katkısı”, (A/CONF. 1987/11 Sayılı Birleşmiş Milletler raporunun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümedir), Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C I, (Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 86; Suç, en fazla gelişmiş, sanayileşmiş ülkelerde ortaya çıkmakta, gerek şiddet içeren suçlar ve gerek ise örgütlü suç oluşumundaki talepleri yaratan değerler, gelişmiş, sanayileşmiş toplumlarda görülmektedir. MUTLU, Kayhan, “Adi ve Örgütlü Suç Oluşumundaki Sosyolojik Faktörler”, 21. Yüzyıla Giren Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 214.

¹⁴⁰ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 273.

¹⁴¹ YÜCEL, Kriminoloji, s. 214-215.

¹⁴² PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Teşebbüs-İştirak-İçtima ve Yaptırımlar, İstanbul 2005, s. 342.

Avrupa Konseyi, erteleme, kontrollü serbestlik ve benzeri kurumlar dışında kalan ve hürriyetin kısıtlanmasını gerektirmeyen seçeneklerin incelenmesi hususunda, bir alt komite oluşturmuştur. Komite mümkün olan en geniş ölçüde damgalanma etkisi yapmayacak olan ve suçlunun içinde yaşadığı sosyal çevre ile ilgisini kesmeyen, tersine ona topluma uyum için bütün imkân ve kolaylıkları sağlayan tedbirlere başvurulmasını önermiş ve bu bakımdan ceza sistemi ile diğer sistemler arasında ilişki kurulmasını gerekli saymıştır. Komite, seçenek olarak hükmün verilmesinin ertelenmesini toplum yararına bir sosyal yardım kurumunda çalışmayı, yarı hapis halini önermiştir¹⁴³.

Avrupa Konseyi 1976 yılında aldığı kararla hükümetlere, yasal düzenlemelerini, cezanın, hürriyeti bağlayıcı ceza seçeneklerine dönüştürülmesi hususunda, varsa, yasal engelleri ortadan kaldıracak şekilde yapmaları, mevcut seçenekleri geliştirmeleri, hapse mahkumiyete karşı “yeni seçenekler” bulunması için gerekli çalışmaları yapmaları hususunda önerilerde bulunmuştur¹⁴⁴.

1980 yılında düzenlenen Avrupa Konseyi İkinci Suç Politikası Konferansı’nda, üye ülkelerin, seçenek yaptırımları geliştirme hususunda uzlaştıkları görülmüş, ancak, geleneksel politikalar nedeniyle, seçenek yaptırımların yine de yaygınlaşamadığı müşahade edilmiştir¹⁴⁵. 1986 yılında, Avrupa Konseyi Suç Sorunlarına İlişkin Komite, hürriyeti kısıtlamayan seçenek yaptırımının asgari kurallarının düzenlenmesini, üzerine almayı kararlaştırmıştır¹⁴⁶.

Birleşmiş Milletlerin, 1990 Tarihli, Hapis Dışı Tedbirler İçin Asgari Standartlar Belirleyen (ve Tokyo Kuralları olarak bilinen) Kararı ile, hapis dışı tedbirlerin kullanımı konusunda ayrıntılı hükümler getirilmiş, yapılmak istenen asgari standart kurallara göre; hapis cezasına alternatif tedbirlere tabi kimseler için asgari güvenceler getirilmesinin yanı sıra, “hapis dışı tedbirlerin kullanımı” geliştirilecek bir dizi temel ilke de getirilmektedir. Buna göre; “Üye devletler başka seçenekler de sunmak, böylelikle, hapis cezasının kullanımını azaltmak ve insan haklarına riayet edilmesini, sosyal adalet gereklerini ve suçluların rehabilite edilmeleri ihtiyaçlarını dikkate alarak, ceza hukuku

¹⁴³ PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 342.

¹⁴⁴ AVCI, s. 105; KAMER, s. 314.

¹⁴⁵ AVCI, s. 105; KAMER, s. 314.

¹⁴⁶ AVCI, s. 107; KAMER, s. 315.

politikalarını rasyonalize etmek için, hukuk sistemleri içerisinde, hapis dışı tedbirler geliştireceklerdir. Ayrıca geliştirilecek olan hapis cezası dışındaki tedbirler, bir dizi temin etmeli ve uygulanabilir hapis dışı tedbirlerin sayısı ve türleri, uygun cezalandırmanın gerçekleşmesini mümkün kılacak bir şekilde belirlenmelidir”¹⁴⁷.

Sonuç olarak; hukuk düzeninin muhafazası için, devletin, zor kullanma yetkisinin güvencesi olarak, ceza hukukunun vazgeçilmezliği yolundaki eski ilke, geçen onar yıllık zaman dilimleri içerisinde, gittikçe gevşemekte ve bunun yerini, hafif suçluluk bakımından, kapsamlı, bir suç olmaktan çıkarma eğilimi almaktadır¹⁴⁸. Orta dereceli suçluluk alanında ise, devlet tepkisinin başka biçimleri, ceza olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴⁹.

Kısa süreli hapis cezasının yerine uygulanması gereken ceza ve tedbirler ise kısaca şöylece ifade edilmektedir¹⁵⁰:

- a) Kovuşturmadan vazgeçilmesi,
- b) Denetimli serbestlik (probation) sistemi¹⁵¹, erteleme,
- c) Cezanın para cezasına çevrilmesi,
- d) Adli tevbih,
- e) iyi tavır ve hareket kefaleti,
- f) Sürgün,
- g) Belirli mesleki faaliyetlerden yasaklılık,
- h) Bir kamu kurum yararına zorunlu çalıştırma,
- ı) Cezanın hafta sonları çektirilmesi veya ikametgahı terk etmeme (evde infaz).

¹⁴⁷ Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Uluslararası Savcılar Birliği, (Editörler: Egbert MYJER, Barry HANCOCK, Nicholas COWDERY, Derleyen: Marnix ALINK), Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, 2006, s.187-189

¹⁴⁸ Suç olmaktan çıkarma eğiliminin de giderek yerini suçtan doğan zararın giderilmesi (restorative justice = Onarıcı adalet) hukukuna bıraktığını söylemek mümkündür. ALBRECHT, Gençlik Ceza Hukuku, s.178.

¹⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Ulusal, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler (Çev.: Zeynel T.KANGAL), YÜHFD, C:III, S:1, Yıl: 2006, s.16.

¹⁵⁰ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 647.

¹⁵¹ Denetimli serbestlik sistemi kendine özgü bir özellik göstermektedir. Çünkü, denetimli serbestide, kural olarak davanın açılması, duruşmanın yapılması veya mahkûmiyet hükmünün verilmesi esas itibarıyla geriye bırakılmakta ve bu nedenle, henüz cezaya hükmedilmemektedir. Bu nedenle bu kurum cezanın yerini alan bir tedbir olarak kabul edilemez. Diğer yandan, davanın açılmasının ya da duruşmaya devam edilmesinin ertelendiği bu hallerde, suç henüz ispat edilmiş sayılmadığından kurumun suç karşılığında uygulanan bir tedbir olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. CENTEL, Nur, Denetimli Serbestlik, Sulhi DÖRMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 533.

Ülkeler bünyelerinin elverdiği ölçüde bu kurumlara mevzuatlarında yer vermişlerdir¹⁵². Bu çalışmada ele alınan seçenek yaptırımlar da kısa süreli hapis cezasının çevrildiği bu müesseselerden biridir.

§3.SEÇENEK YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza, günümüzde herne kadar suç teşkil eden ve toplum düzenini bozan eylemi nedeniyle, suçlu hakkında, devlet tarafından tatbik olunan ve esasen suçlunun ıslahına yönelik, ızdırıp verici, korkutucu ve caydırıcı müeyyide olarak anlaşılmakta¹⁵³ ise de, tarih içerisinde ceza olarak uygulanan yaptırımlar öldürme, sürgüne gönderme, hapsedme ve böylece toplumdan tecrit etme, bedenlen işkence yapma veya azap verme veya sosyal bakımlardan zararlara uğratmak şekillerinde olmuştur¹⁵⁴.

Günümüzde en çok uygulanan ve kabul gören ceza türü ise hiç kuşku yok ki hapis cezası veya daha geniş bir ifade ile hürriyeti bağlayıcı cezalar olmuştur¹⁵⁵. Ancak çağdaş hukuklar bakımından en önemli gelişmelerden bir de bu cezaların başka nitelikteki alternatif cezalara çevrilebilmesidir¹⁵⁶. Seçenek yaptırım olarak adlandırılan hapis cezasının alternatifi olan bu cezalar ise, çoğu kez para cezasına çevirmek, suç mağdurunun zararını gidermek, bir kurumda eğitime tabi tutmak, belirli bazı etkinlikleri yapmaktan yasaklamak, bir meslek veya sanatın yapılmasını yasaklanmak veya kamuya yararlı bir işte çalıştırmak gibi bazı şekillerde olmaktadır.

Hapis cezası yerine hükmolunmasına karar verilebilecek olan ve Türk Hukuku bakımından TCK'nın 50. maddesindeki düzenlenmiş bulunan bu yaptırımların hukuki niteliği üzerinde fikir birliğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁵² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 866.

¹⁵³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 8.

¹⁵⁴ Sosyal bakımdan zarara uğratmaya Osmanlı Devletinde, özellikle suç işleyen veya siyasi olarak itibar kaybeden kamu görevlilerin mallarına Sultan tarafından fermanla el konulması örnek gösterilebilir. DÖNMEZER/ERMAN, Cilt I, s. 8.

¹⁵⁵ Cezanın mutlaka hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezası olması da gerekmez. Örneğin ; “İsveç Ceza Kanununa göre cezalar; hapis, para cezaları ve memurun görevine son vermekten ibarettir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 588.

Yargıtay, bu yaptırımların hukukî niteliği hususunu bir kararında tartışırken; modern ceza hukukunda ‘yaptırım’ düşünce ve kavramının derin bir değişikliğe uğramış olduğunu, sırf suçluya azap ve ıstırap vermek amacını güden yaptırımlar sisteminin toplumsal yarar ile bağdaşmayacağını artık anlaşıldığını, bu tür yaptırımlar sistemi yerine suçlunun ıslahı ile birlikte toplumun tepkisini gösterebilecek karma nitelikte yaptırımların kullanılmasının, toplumun korunması ile birlikte suçlunun da ıslahına yönelik yaptırımların öngörülmesi yoluna gidildiğini, bu bakımdan pozitivist bir etki ve özellikle modern ceza hukukunda ananevi “ceza” kavramı yanında ve hatta bazen bunun yerine “suçlunun kişiliğine uygun önlemlerin uygulanması” kavramının yer aldığını, “suçlunun kişiliği” ve “yaptırımların bireyselleştirilmesinin” bugün artık birer kavram haline geldiğini¹⁵⁷ ifade etmektedir. Yargıtay’ın bu kararı ile cezalandırmanın amacını açıklayan mutlak ve nisbî ceza teorileri yerine, karma nitelikteki ceza teorisine yaklaştığını söylemek mümkün ise de, bu kararı ile seçenek yaptırımın hukukî niteliğini tam olarak ortaya koymamaktadır. Oysa seçenek yaptırım bir cezadır. Bu cezanın arkasında yatan amaç araştırıldığında, pek tabidir ki bu düşünce ceza hukukunda karma teori olarak adlandırılacak olan teorilere dayanmaktadır.

Seçenek yaptırım cezanın kişiselleştirilmesi ile alakalıdır. Yargıtay kararında bunu çok açık bir biçimde dile getirmektedir. Cezanın kişiselleştirilmesi, verilen cezanın sanığın kişiliğine tam uygun hale getirilmesi cabası ile seçenek yaptırımın bir ceza olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle Yargıtay bu kararı ile açıkça adına koymamış olsa da seçenek yaptırımı bir ceza olarak bakmakta olduğunu dolaylı da olsa göstermektedir. Çünkü hapis cezasının, seçenek yaptırımı çevrilmesi, cezanın kişiselleştirilmesi ile alakalı bir mesele olarak ele alındığında bile, hala cezalandırmadan söz edilmektedir. Burada hapis cezasının bir başka cezaya dönüştürülmesi ve böylece şahsın öznel durumuna daha uygun hale getirilmesi söz konusudur. Cezanın bir tedbire çevrilmesinde ise ceza verilmekte ancak, ceza yeterli görülmediğinden ayrıca tedbir

¹⁵⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 7-8.

¹⁵⁷ Yargıtay bu kararını TCK’nın 50. maddesi yerine daha önce yürürlükte bulunan 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiği hususuna ilişkin olarak vermiştir. CGK, 13.10.1998, 5-251/311 YKD, Haziran 1999, s. 844; Aynı karar için bkz: PARLAR/HATİPOĞLU, yaptırımlar, s. 346, ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 546, İNCE, Hüseyin,

uygulanmaktadır veya ceza verilemediği için, ceza verilemeyecek bir hâl bulunduğu için, şahsa bir başka yaptırım olan güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.

647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinde yer alan düzenlemenin yerini alan TCK'nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımların hukukî niteliği yani birer ceza mı yoksa güvenlik tedbiri mi olduğu hususunda, Türk hukuku doktrininde bir fikir birliği yoktur¹⁵⁸.

TCK'nın 50. maddesinde yer alan düzenlemeyi, örneğin;

Öztürk, adlî para cezası da dahil olmak üzere, kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilecek seçenek yaptırımlar, şeklinde ele almaktadır¹⁵⁹.

Hakeri, seçenek yaptırımların hukukî niteliği hakkında görüş bildirmeksizin konuyu “Kısa Süreli Hapis Cezalarının Adlî Para Cezası ve Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi başlığı altında incelemektedir¹⁶⁰.

Özgenç, meseleyi, Seçenek Yaptırımlara Hükmetme (Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar) başlığı altında incelemekte olup, “kişi hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezası belli koşulların varlığı halinde, mahkeme tarafından adlî para cezasına veya güvenlik tedbirlerine çevrilmekte” olduğunu ifade etmektedir¹⁶¹.

Artuk / Gökçen / Yenidünya, konuyu, “Kısa Süreli Hapis Cezasının Adlî Para Cezası veya Tedbirlerden Birine Çevrilmesi” başlığı altında incelemekte olup, seçenek

“Kısa Süreli Hapis Cezasına Uygulanabilecek Seçenek Yaptırımlardan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı”, (Community Service Labor Program), Adalet Dergisi, 30.Sayı, Ocak 1998, s. 183-184.

¹⁵⁸ Mülga 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde, bu maddede yazılı yaptırımların, “seçenek yaptırımlar olsalar da ceza yaptırımları oldukları için ceza kanununda düzenlenmesi gerektiği” ifade edilmiştir. İÇEL, Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden değerlendirilmesi”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul, 1977, s. 321, nakleden: SOKULLU-AKINCI, “Onarıcı Adalet ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, s. 3.

¹⁵⁹ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 276-280.

¹⁶⁰ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2008, s. 382-385.

¹⁶¹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 592-596; “Mahkemece hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda faile ayrıca ceza verilmeyecektir” biçiminde kaleme aldığı açıklaması nedeniyle seçenek yaptırımları birer güvenlik tedbiri olarak gördüğünü ifade etmektedir. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006, s. 638.

yaptırımları, adlî para cezasına çevirme ve tedbire çevirme alt başlıkları altında incelemektedirler¹⁶².

Demirbaş, Hukuki niteliği hakkında görüş bildirmemekle birlikte, kısa süreli hapis cezasının para cezasına çevrilmesi, diğer seçenek yaptırımları ise kısa süreli hapis cezasının tedbirlere çevrilmesi başlığı altında incelemektedir¹⁶³.

Centel / Zafer / Çakmut, seçenek yaptırımları, adli para cezasına çevirme ve tedbire çevirme alt başlıkları altında incelemektedir¹⁶⁴.

Çınar'a göre, bunlardan sadece adlî para yaptırımı (TCK m. 50/1-a) ceza, diğerleri, ise önlemdir (tedbir) niteliğindedir¹⁶⁵.

Toroslu'ya göre, adlî para cezası dışındakilerin tamamı tedbir niteliğindedir¹⁶⁶.

Özbek / Kanbur / Bacaksız / Doğan / Tepe'ye göre; "...hükümde yer alan para cezası dışında kalan yaptırımların tümünü, güvenlik tedbiri olarak kabul etmek olanaksızdır. Örneğin, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazminin tedbir niteliğinde olup olmadığı tartışılabilir. ...Bu yaptırım şeklinin Alman öğretisinde olduğu gibi ceza ve güvenlik tedbiri özelliği taşımayan ve fakat onlar yanında kendine özgü bir başka yaptırım şekli olduğu, ceza hukukunun iki izli yaptırım sistemi içerisinde üçüncü bir izi oluşturduğu"¹⁶⁷ görüşünü savunmaktadırlar.

Zafer'e göre, Türk ceza hukukunun yaptırımlar sistemi üç izlilik üzerine kuruludur. Türk Ceza Kanunda, ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra, üçüncü iz olarak mağdurun korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunlar; çeşitli suç tiplerinde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiş olması, kamu davasının açılmasının (CMK m. 171/3), hükmün açıklanmasının (CMK m. 231/5-6), cezanın ertelenmesinin (TCK m. 51), uzlaşmanın (CMK m. 253-254) mağdurun zararının tazmini şartına bağlanması ile TCK'nın 50/1-b maddesinde yer alan kısa süreli hapis cezasının

¹⁶² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 866-877; ARTUK. M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, 2. Cilt, Genel Hükümler, (Madde. 37-75), s. 1129-1134.

¹⁶³ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, s. 544-550;

¹⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 591-592.

¹⁶⁵ "Yasanın birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen adlî para cezasına çevirme, yaptırım türlerinden cezadır. Diğer b, c, d, e, f bentlerinde kurumlar (müesseseler) ise önlemdir" ÇINAR, Ali Rıza, Türk Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, s. 37.

¹⁶⁶ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ekim 2005, s. 275.

mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesine çevrilmesi halleri üçüncü izin görünüm şekilleri olarak anlaşılmalıdır¹⁶⁸. Bunun yanı sıra, *Zafer*, “kısa süreli hapis cezasına alternatif niteliğindeki bu tedbirlerin, TCK’nın güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen klasik güvenlik tedbirlerinden (TCK m. 53-60) farklı olsa da bu tedbirlerin de hukukî nitelikleri itibarıyla güvenlik tedbirleri olduğunu” ifade etmektedir¹⁶⁹.

İnce’ye göre, (a) fıkrasındaki adlî para cezası ile (f) fıkrasındaki kamuya yararlı işte çalıştırma birer ceza, diğer (b), (c), (d), (e) fıkralarındaki müesseseler ise tedbirdir¹⁷⁰.

Bizim de katıldığımız *Hafizoğulları*’nın görüşüne göre ise; “Kanun’un kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar dediği, kişi hürriyetini sınırlayan tedbirler, tıpkı hapis cezası, adlî para cezası gibi, ihlale tepki olduklarından, ismine ister ceza densin ister denmesin ceza müeyyidesidirler”¹⁷¹. Yapılması gereken Kanununun sistematığının düzeltilmesi için bunların da TCK’nın 45. maddesi içerisinde ceza olarak sayılmasıdır¹⁷². Çünkü, zaten, kanun koyucu, bu seçenek yaptırımları, güvenlik tedbirleri

¹⁶⁷ ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Nihat M. / BACAŞIZ Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 545.

¹⁶⁸ Aynı doğrultuda KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 433 nakleden ZAFER, s. 354.

¹⁶⁹ ZAFER, s. 361.

¹⁷⁰ İNCE ayrıca görüşüne dayanak olarak, 06.04.2006 tarihinde yürürlüğe giren 2006/10218 Sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Tüzük’teki düzenlemeyi göstermektedir. İNCE, Hüseyin, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 172-173. Ancak kanaatimizce, söz konusu Tüzük hem cezaların ve hem de güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin ayrıntıları düzenlemekte olduğu için, Tüzük düzenlemesi bu nedenle bir dayanak olarak kabul edilemez.

¹⁷¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 473; Benzer ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 79; SOKULLU-AKINCI, 765 Sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde, hapis cezasına alternatif niteliğinde incelemekte olduğu, evde (konutta) infaz, kamuya ait bir yerde zorunlu ikamet etmek, zararın giderilmesi, toplum hizmeti ya da kamu yararına çalıştırma alternatiflerini “ceza yaptırımı olarak” tanımlamakta ve bunların mutlaka Türk Ceza Kanunu içerisinde düzenlenmesi gerektiğini çünkü bunların infaz kanunu içerisinde değil Ceza Kanunu içerisinde düzenlenmesinin çağdaş gelişmelerin bir sonucu olduğunu ifade etmektedir. SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 56; Benzer şekilde ve 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde, ERTOSUN, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, Avrupa Konseyince önerilen, yoğun gözetim altında tutma, gün para cezası, kamu hizmetlerinde çalıştırma, kamu hizmetlerinden men, konutta infaz ve elektronik izleme gibi alternatif cezalar getirilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. ERTOSUN, s. 235.

¹⁷² “Bu durumda, ceza hukukunda, ceza sistemini kendi içinde tutarlı ve anlaşılır bir hale getirmenin tek yolu, 45. maddede suç karşılığında uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar ve nakdi cezalar arasında, 50. maddede öngörülen ve Anayasa’ nın ifadesi ile ‘kişinin haklarını kayıtlayan’ yoksunlukları da ceza

içerisinde saymamış ve düzenlememiştir. Tam tersine, ceza yaptırımları içerisinde düzenlemiş ve fakat adını ceza olarak zikretmemiştir. O halde, bu yaptırımlar güvenlik tedbiri içerisinde ismen belirtilmediği veya güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlenmediği sürece, bunların ceza olarak kabulü bir zorunluluktur¹⁷³.

II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ÖZELLİKLERİ

A. Seçenek Yaptırımların Kanuniliği

1. Genel Olarak Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, ceza hukukunun en önemli ilkesi olup, suçların ve cezaların ancak kanunla belirlenebileceği anlamındadır¹⁷⁴. Pek çok ülke anayasası¹⁷⁵ ve ceza kanunuda¹⁷⁶ yer alan bu ilke, Avrupa ceza hukukunun çekirdeğini

müeyyidesi saymaktır.” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; Benzer ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 473.

¹⁷³ “(5237 Sayılı) Kanun’un, 2. maddesi ve Anayasa’nın 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 kast ediliyorsa, 50.maddede yer alan yoksunluklar, güvenlik tedbiri değildirler, katıksız cezadırlar, çünkü cezalar arasında yer almaktadırlar.” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 80; Benzer ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 473.

¹⁷⁴ “Aydınlanma devrinin ceza hukukuna kazandırdığı bu ilke, ilk defa, Fransız düşünür Montesquieu tarafından ifade edilmiş olup; 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisine de iktibas edilmiştir (m.7 ve 8). Roma Hukukunda tanınmamasına rağmen, suçta ve cezada kanunilik ilkesini Latince bir formülle ifade eden Alman ceza hukukçusu FEUERBACH olmuştur : ‘nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege’ (FEUERBACH, Paul Johann Anselm: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 14.Ausgabe, Gießen, 1847, § 23.) nakleden: ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 105; “Doğada suç yoktur, doğal fiiller vardır. Suç tabiatçı anlamda deneysel bir doğrulamanın değil, bir değerlendirmenin ürünüdür. Bundan ötürü, her suç, kendine vücut veren bir kuralı veya kanun hükmünü zorunlu kılmaktadır” HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 17.

¹⁷⁵ TC AY m.38; “Polonya AY. m. 42, 45, 55; Belçika AY m. 14, 17, 18, 19; Almanya AY m. 16; İrlanda AY m. 38, 39; İtalya AY m. 26, 27; Azerbaycan AY m. 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 80; Lüksemburg AY m. 13, 14, 18, 89, 112, 116; Hollanda AY m. 2, 16, 114; Avusturya AY m. 85; İsviçre AY Kap. 2, prg. 4, 5, 10, 11; İspanya AY m. 24, 25; Yunanistan AY m. 5, 6, 7, 20, 25; AİHM m. 6, 7; AİHM/4. Protokol m. 1, 3, ; AİHM/7. Protokol 4” İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 19.

¹⁷⁶ TCK m. 2; “İtalya CK m. 1; Almanya CK prg. 1, 8; Finlandiya CK Kapitel 3, prg. 1; Fransa CK m. 111-1, 111-2, 111-3; İsveç CK m. 1; Avusturya CK m. 1/1; Danimarka CK m. 1; İsviçre CK m. 1-1, 2-1; Polonya CK m. 1/2, 1/3, 2, 111/1; Rusya CK m. 3, 14; İspanya CK m. 1; Hırvatistan CK prg. 2” İÇEL/ÜNVER, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, s. 90. ; “suçta ve cezada kanunilik ilkesi, tep parti

oluşturmakta ve Avrupa ceza siyasetinin vazgeçilmezleri arasına konulmaktadır¹⁷⁷. Bu ilkenin, kökleri hukuk felsefesinde olup, ilke, demokrasi ile hukuk devleti üzerine inşa edilmiştir¹⁷⁸.

Bu ilkenin uluslararası hukuktaki en önemli kaynağını ise, 04.11.1950 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 7. maddesi oluşturmaktadır¹⁷⁹. Buna göre; hiç kimse işlediği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir eylem ya da ihmalinden ötürü mahkûm edilemez. Yine hiç kimseye suçun işlendiği zaman uygulanan cezadan daha ağır bir ceza verilemez¹⁸⁰.

AY’nın 38/3. maddesine göre; “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”

TCK’nın 2. maddesinin başlığı, Suçta ve cezada kanunilik ilkesi olup, buna göre; kanunun 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. Buna göre kanunumuz güvenlik tedbirleri bakımından da kanunilik ilkesini benimsemiştir¹⁸¹.

TCK m.2/2 gereğince; idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulması¹⁸² suç ve ceza koyma işinin sadece kanun koyucuya (TBMM) ait bir iş olduğunu, yürütmenin veya yargının

sistemin uygulayan eski komünist ülkelerde de kabul edilmekte ve uygulanmakta idi: 1960 Sovyet CK m. 32” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 548.

¹⁷⁷ Yanlızca Danimarka CK, sanık aleyhine kanunî kıyasa imkân tanımaktadır. CK, Genel Kısım, 1.Bab, 1.paragrafına göre, bir kimsenin cezalandırılabilmesi, eylemin cezalandırılabilirliğinin Kanunda açıkça düzenlenmesi veya düzenlenen bir eyleme benzemesi koşuluna bağlanmaktadır. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 945; Bu düzenleme, kanunilik ilkesinin aleyhindeki görüşler için bir dayanak noktası oluşturmakta olup, bu ilkenin özgürlüklerle bir ilgisinin bulunmadığına gerekçe gösterilmektedir. ZAFER, s. 43.

¹⁷⁸ DANNECKER, Gerhard, “Ceza Hukukunun Avrupa Hukuk Kültürüne Katkısı”, (Çev.: Pınar BACAŞIZ), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), s. 359,

¹⁷⁹ ZAFER, s. 43.

¹⁸⁰ Bu nedenle, kendisine uygulanan yaptırımın kanunda yazılı bir yaptırım olmadığını iddia eden birinin, bu uygulama aleyhine iç yargı yolunu tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunması mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru hakkında bakınız: GÜLTAŞ, Veysel, Geçmişten Günümüze İnsan Hakları, Ankara 2004, s. 832-842, ayrıca: DUMAN, Hasan İlker, İnsan Haklarına Saygılı Devlet, İstanbul 1997, s. 339-340.

¹⁸¹ ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanununu, s. 17.

¹⁸² Yegane ceza hukuku, yazılı ceza hukuku olup, ceza hukukunun tek kaynağı en genel anlamda kanundur. Türk ceza hukuku normları ise kanunlaştırılan hukuka (diritto codificato) ilişkindir. HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), 2. Baskı,

böyle bir yetkisinin bulunmadığını göstermekte, parlamentonun bu yetkisinin yürütmeye aktarılmasının ise temel hak ve hürriyetler bakımından büyük bir tehlike oluşturacağı ve bunun kuvvetler ayrılığı prensibine de aykırı olacağını ifade etmektedir¹⁸³.

2. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Cezaların Kanuniliği İlkesi

TCK'nın 2. maddesinde yer alan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz biçimindeki düzenlemede yer alan ceza ibaresi içerisinde seçenek yaptırım da vardır. Madde gerekçesinde; "...suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur" demek suretiyle yaptırımdan söz edilmektedir. TCK yaptırımlar ibaresini hem ceza ve hem de güvenlik tedbirler için kullanmakta, seçenek yaptırımları ise cezalar içerisinde düzenlemektedir. Bu nedenle cezaların kanuniliği ilkesi seçenek yaptırımlar bakımından da uygulanacak ve kanunda yazılı seçenek yaptırımlar dışında bir yaptırıma hükmolunamayacaktır.

Ankara, 1996, s. 45; Ceza hukuku normatif bir disiplindir. ZAFER, s. 2; ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanunu, s. 11.

¹⁸³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 12; Bu açık düzenlemeye karşın bazı kanunlar ile bir kısım konularda düzenleme yapma yetkisi idari organlara örneğin, Bakanlar Kuruluna bırakılabilmektedir. Bu tür kanunlar ile idari organ tarafından yapılan bu düzenlemelere aykırı davranışın suç oluşturacağı ve faillerinin cezalandırılması söz konusu olabilmektedir. Buna örnek olarak, 20.02.1930 tarih ve 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun gösterilebilir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 108; Bu Kanunun 1. maddesine göre; Bakanlar Kurulu Türk Parasının Kıymetini Korumak amacıyla bazı kararlar alabilecektir. Kanunun 3. maddesi ise bu alınacak olan kararlara muhalefet edenleri için ağır para cezası öngörmektedir.

Doktrinde bu şekilde suç meydana getiren kanunlara "açık, beyaz veya kör ceza kanunları" denilmektedir. ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s. 97; Bu şekilde kural koyma tekniği kanunilik ilkesi bakımından sakıncalıdır. ZAFER, s. 3; Ceza hukukunda davranış kuralı ve müeyyideyi birlikte içeren hükümlere, yetkin, tam hükümler denilmektedir. Bunun yanı sıra, ceza kuralının belirtilen şekildeki bütünün yalnız bir kısmını ifade etmesi durumunda ise eksik ceza normundan söz edilmektedir. Bunun dışında, bazı hallerde ise asıl ceza normunu meydana getiren yaptırım kanun hükmünde gösterilmekte, ama davranış kuralı (hüküm) henüz belirlenmemektedir. İhlaline bir cezaî yaptırım bağlanan bu davranış kuralı (hüküm), bir kanunda, idarenin bir düzenleyici bir işleminde veya idari bir emirde gösterilebilmektedir. Bu tür hüküm İtalyanca, "norma penale in bianco" karşılığı olmak üzere, "açık ceza normu" olarak zikredilmektedir. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.66. Ayrıca bkz: HAFİZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 280; Ancak Kanunun yetki verdiği hallerde, idari organ, düzenleyici işlem ile suçların hareket ve netice unsurlarını belirleyebilir ise de, bunlara karşılık olacak cezaları hiçbir şekilde koyamaz. ÇOLAK, s. 23;

TCK m. 2/2 hükmü gereğince, hapis cezasına alternatif nitelikte olmak üzere seçenek yaptırım belirlemek yetkisi idareye bırakılamayacaktır. Yargı organlarının da hapis cezası yerine kanunda yazılı seçenek yaptırım dışında bir yaptırıma hükmetmesine imkân bulunmamaktadır. Bu husus, örneğin, TCK m. 50/1 (d)' de yer alan, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama” seçenek yaptırımında açıkça görülmektedir. Zira, bu seçenek yaptırımda, bir yasaklama söz konusu olabildiği halde, bir faaliyetin yerine getirilmesine, yani hükümlünün aktif bir faaliyette bulunmasına karar verilememektedir. Çünkü, bunun aksi yolundaki bir uygulama cezanın kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Nitekim, Yargıtay, hapis cezasının TCK m. 50/1 (d)'de yazılı seçenek yaptırıma çevrilmesi sırasında, Kanunda yazılı olmayan “bir yıl süreyle alkollü içecekler kullanılmasının yasaklanmasını” Kanununa aykırı bulmuştur¹⁸⁴.

B. Seçenek Yaptırımların Sınırlı Sayıda Olması

TCK'nın 2/3. maddesinde “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş biçimde yorumlanamaz” denilmekte¹⁸⁵, böylece, gerek suçun ve gerekse suç karşılığı öngörülen cezanın tespitinde kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak bir şekilde geniş yorumlanamayacağı ifade etmektedir¹⁸⁶. Burada, zikredilen “ceza içeren hüküm” ibaresi içerisinde seçenek yaptırımlar da bulunmaktadır. Zira, esas itibariyle ceza için zikredilecek her söylemin, seçenek yaptırım için de tekrar edilmesi veya daha kısa bir anlatım ile ceza kavramının geniş olarak seçenek yaptırımları da içine alacak bir biçimde düşünülmesi gerekir.

İdarenin düzenleyici işlemler ile suç ve ceza yaratması hususunda ayrıntılı bilgi için bakınız: YILDIZ, Ali Kemal, “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması”, Özek'e Armağan, İstanbul 2004, (s. 1033 vd.).

¹⁸⁴ 8. CD., 08.03.2007 gün, 3968/1803 (METİNER/KOÇ, s. 1534).

¹⁸⁵ Ceza hukuku kurallarının yorumu ve kıyas yasağı için bkz: ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 116-117 ; ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s. 108.

¹⁸⁶ ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanununu, s. 17.

TCK m.50’de yazılı seçenek yaptırımlar sınırlı sayıdadır¹⁸⁷. Seçenek yaptırımların sayıları ve uygulanma biçimleri kıyas yoluyla genişletilemez.

Yargıtay verdiği bir kararında, bu hususa açıkça değinmektedir. Buna göre, hükmolunan 9 ay 21 gün hapis cezanın, seçenek yaptırımlar arasında bulunmayan “polis karakollarındaki polislerden ayrı ayrı özür dilemesine” biçiminde bir cezaya çevrilmesinin hukuka aykırı olduğu, özür dilemenin, 50. maddede öngörülen “mağdurun uğradığı zararın giderilmesi” anlamına da gelmeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

C. Seçenek Yaptırımların İnsan Onuru ile Bağdaşır Nitelikte Olması

Tarih süreci içerisinde, suç işleyen kimseye, ceza olarak onu toplum nazarında küçük düşürmeye yönelik uygulamalar gerçekleşmiştir. Keza, ceza olarak, kişinin dayanılamayacak surette acı ve ızdırap çekmesini sağlayacak uygulamalara başvurulmuş, mesela, suçlu kişinin yakılması, taşlanması ve linç edilmesi söz konusu olabilmıştır¹⁸⁹.

Türkiye’nin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 10.12.1948 tarihinde ilân edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin 5. maddesine göre; hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsanî, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz”.

Birleşmiş Milletler “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi de aynı doğrultudadır¹⁹⁰.

Ceza Kanunlarının, insana saygı esasından hareket etmeleri zorunludur. Bu itibarla, ceza ve hapis cezası yerine uygulanacak olan seçenek yaptırımların da insancıl ve ahlâki olması gerekmektedir¹⁹¹. Nitekim, 1982 Anayasası’nın 17. maddesine göre

¹⁸⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 870.

¹⁸⁸ 4. CD, 20.11.2007, 9637/9605 (ARTUNÇ, Mustafa / AKKAYA, Çetin / GEDİKLİ, Cemil, Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2008, s.228), aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1147.

¹⁸⁹ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 567.

¹⁹⁰ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 568.

¹⁹¹ ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Hükümlünün Hakları”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 445.

“kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamaz” denilerek, insanlara saygı esaslı anayasal güvence altına alınmıştır. Çünkü, tutuklanan veya mahkûm olan bir kişinin yalnızca bazı hakları kısıtlanmıştır. Kişi tutuklanmakla veya mahkûm edilmekle tüm haklarından mahrum edilecek değildir. Bir hükümlünün sadece özgürlük hakları ve özel hayatın gizliliği açısından bir kısım hakları kısıtlanmış olup insan onuru elinden alınmış değildir¹⁹².

Bu kuralı destekleyen hükümler ise, TCK’nın işkence başlıklı 94. ve eziyet başlıklı 96. maddelerinde yer almaktadır. 94. maddeye göre; “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi” işkence suçundan dolayı, sorumlu olacaktır. TCK’nın 96. maddesine göre ise; “Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi” cezalandırılacaktır.

İnsan onuruyla bağdaşmayan uygulamalardan kaçınılmalı, ceza (ve kanaatimizce seçenек yaptırım) işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine ve kusuruna uydurulabilmeli, cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca, yaptırım (seçenек yaptırım) sadece suç işleyen faile uygulanmalı ve devlete mümkün olduğunca az yük getirmelidir¹⁹³.

D. Seçenек Yaptırımların Uygulanmasında Şahıslar Arasında Ayrım Yapılmaması

TCK’nın 3/2. maddesi gereğince; “ceza kanununun uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefî inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal

¹⁹² YENİSEY, Feridun, “21. Yüzyılda Cezaevlerinde İnsan Haklarının Gelişimi”, 21. Yüzyılla Girenken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 151.

¹⁹³ ARTUK/GÖKCEN /YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s.18 vd; ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanunu, s. 11; Hapis cezası, kişinin hürriyetini sınırlandırmakla birlikte insan onuruyla bağdaşır nitelikte olmalıdır. Bu nedenle, her ne kadar, hükümlünün işlemiş olduğu suç nedeniyle hürriyeti sınırlandırılmış olsa da, hükümlü, kural olarak mahkûmiyet kararında belirtilen hakları dışında kalan diğer haklarını kullanabilmelidir. Hükümlünün ceza infaz kurumuna konulmuş olması, onun, insan olma özelliğine halel getirmemelidir. Bu nedenle, hükümlünün bir takım hakları bulunduğu kabul edilmelidir.

konumları yönünden, ayırım yapılamaz, hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz”. Ceza Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, ceza (ve kanaatimizce seçenek yaptırıma) veya güvenlik tedbirlerine hükmedilirken fiilin ağırlığının dikkate alınacağı (orantı ilkesi) ve ceza kanunun uygulanmasında kişiler arasında ayırım yapılmayacağı öngörülmek suretiyle, maddi anlamda hukuk devleti ilkesine, kanunumuzda yer verilmiş olmaktadır. Fiilin ağırlığının yanı sıra, cezanın kusurla, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olması gerektiği göz ardı edilmemelidir¹⁹⁴.

§4. SEÇENEK YAPTIRIMLAR ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. CEZA ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ AYRIMI

A. Genel Olarak Güvenlik Tedbirleri

Güvenlik tedbirleri (emniyet tedbirleri=mesures de sûretê) adı verilen yaptırımların ortaya çıkması esas itibariyle geleneksel cezanın yerine bunların uygulanması gerektiği düşüncesidir¹⁹⁵. Bunlar önce, cezanın yerine geçmek üzere, cezanın karşısı olarak ortaya çıkmış ve fakat daha sonra cezanın yanı başında ancak cezanın uygulanamayacağı ya da cezanın yeterli olmadığı durumlar için uygulanan ceza hukukunun diğer yaptırımı konumuna gelmişlerdir¹⁹⁶.

ARTUK/ALŞAHİN, Hükümlünün Hakları s. 464; Hükümlü olmak insan haklarından yoksun olmak demek değildir. ZAFER, s. 382.

¹⁹⁴ ROXIN/İSFEN, s. 281; ARTUK, Suç Siyaseti Açısından Ceza Kanunu s. 13.

¹⁹⁵ Ceza hukukunda “güvenlik tedbirleri” terimi yerine bazen “emniyet tedbirleri” terimi de kullanılmakta olup bu konuda yapılmış önemli çalışmalardan biri için bkz; NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997, Adil Yayınevi; “1889 Tarihli İtalyan Ceza Kanununda Emniyet tedbiri terimi kullanılmıştır. 765 Sayılı TCK’nın uygulandığı dönemde de Yargıtay Emniyet tedbiri tabirini kullanmıştır. 10 CD, 22.01.1993 gün 15979/275 (YKD, C.19, Sayı: 2, 1993, s. 306 vd)” NUHOĞLU, s. 5, dp. 1; Bu çalışmada, emniyet tedbirleri ile aynı anlamda olmak üzere (TCK’daki terminolojiye bağlı kalınarak) özellikle “güvenlik tedbirleri” terimi kullanılmıştır.

¹⁹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 454; DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1975, s. 608 nakleden: NUHOĞLU Emniyet Tedbirleri, s. 17; KAMER, s. 327-328; Bir görüşe göre, güvenlik tedbiri kavramı zamanla ceza kavramının aleyhine genişleyerek gelişmektedir. SOYASLAN, Kriminoloji, s. 229. Oysa, tedbirlerinin sayısının her geçen gün artmakta olması, cezaların ise tür olarak azalmakta olduğunu göstermez. Tam tersine, hem cezalar ve hem de güvenlik tedbirleri her geçen gün daha da artmakta ve çeşitlenmektedir. Bu, cezaların, zamanla daha az şiddetle uygulanmakta olması ile alakalıdır. Çünkü, Ceza yaptırımları tarihi süreci içerisinde insancıllaşmakta ve toplumların kültür düzeyinde meydana gelen ilerlemeye bağlı olarak giderek şiddetini kaybetmektedir. ZAFER, s. 356.

Suçların önlenmesi için cezaların yeterli olmadığı ve özellikle cezaî sorumlulukları bulunmadığı için cezalandırılmayanlar ile cezalandırıldıkları halde tekrar suç işleyenler hakkında bir kısım tedbirlerin alınması ve toplumun bunlardan korunması gerektiği düşüncesi ile yeni ceza kanunlarında, cezaların yanında güvenlik tedbirlerine de yer verilmiştir¹⁹⁷. Bu nedenle, güvenlik tedbirleri çağdaş ceza hukukunda, yaptırım olarak artık vatandaşlık hakkını kazanmıştır¹⁹⁸. Bugün, ceza hukukunda, güvenlik tedbirlerine yer vermeyen doktrin görüşü veya ceza kanunu hemen hemen yoktur¹⁹⁹. Bunun sebebi, çağdaş ceza hukukunun klasik ve pozitivist teoriler²⁰⁰

Zira bundan yüz yıl kadar önce uygulanmakta olan birçok ceza, artık çok zalimane olduğu gerekçesi ile uygulanmamakta, bunların yerine, çok daha insanî denilebilecek olan cezalar konulmaktadır. Bir kaç yüz yıl sonra hapis cezalarının var olabileceğini söyleyebilmek çok da kolay olmasa gerekir.

¹⁹⁷ Bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri suç işlenilmeden önce, ancak işlenilmesi tehlikesi var ise veya suçun işlenilmesinden sonra uygulanabilecektir. Bunların amacı suçun işlenilmesini veya yeniden işlenilmesini önlemek olup, mahiyetleri itibarıyla kişiyi suça iten bünyesel nedenler ile sosyal ve çevresel nedenleri ortadan kaldırmaya yöneliktir SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1998, s. 228-229; Kanaatimizce, suç işlenilmeden uygulanabilecek tedbirler ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri değil ancak idari mahiyette bir tedbir olabilir. Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunda, cezanın uygulanmadığı, ya da uygulansa bile, bu uygulamanın, yeni suçları önlemede yetersiz kaldığı durumlarda, geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukukî koruma araçlarıdır. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 233; Adli makamlara suç işlenilmeden önce güvenlik tedbirlerine hükmetmek yetkisi tanınmamalıdır. Nitekim kanunsuz suç ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağına ilişkin TCK m.2 hükmü gözardı edilemez. ARTUK, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2008, Cilt XII, Sayı:1-2 (Ayrı Basım: Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan, Ankara 2010), s. 468.

¹⁹⁸ Güvenlik tedbirlerinin cezaî bir yaptırım olup olmadıkları hususundaki tartışmalar bakımından bkz: NUHOĞLU, s. 9-24; HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 240-256; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 459 vd; HAFIZOĞULLARI’na göre; “...emniyet tedbirleri, ceza hukukunda ceza müeyyidesi olmayan, ancak ceza hukukuna özgü bulunan hukukî bir himaye vasıtasıdır. Bunlar, müeyyide olmadıkları halde, uygulamasının tabî olduğu usul bakımından idarî değil, kazaî tedbirlerdir” Ceza Normu, s. 256; Kanaatimizce, güvenlik tedbirleri TCK’nın Yaptırımları düzenleyen Üçüncü Kısımda ve Cezaların düzenlendiği Birinci Bölümden sonra, İkinci Bölümde yani bir başka anlatımla Yaptırımlar içerisinde düzenlenmiş olmakla, güvenlik tedbirlerinin de “yaptırım” olup olmadıkları tartışması en azından pozitif hukukumuz açısından sona ermiş gözükmektedir.

¹⁹⁹ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 567.

²⁰⁰ 19. yüzyılın ikinci yarısında doğan Pozitivist okul manevî sorumluluğu kabul etmemekte, ceza sistemini yalnız toplumun savunması esasına dayandırmaktadır. Bu nedenle, özünde ızdırap mevcut olan “ceza” yerine “güvenlik tedbirlerinden” oluşan “yaptırımların” (sanctions) uygulanmasını savunmaktadır. Suçluların gösterdikleri tehlikeye veya dahil oldukları tehlikelilik sınıflarına göre, belirlenecek olan bu tedbirler, kendilerinin tedavisi, uyumu yahut topluma zarar vermeyecek bir hale konması gibi değişik amaçlara yönelmektedir. TANER, s. 560; Pozitivistler, esas itibarıyla cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini başlatmışlardır. Lombrosu, suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fizik, anatomik, psikolojik, ve fizyolojik yapısında aramıştır. Ona göre suç, doğum, ölüm gibi tabîî bir hadise olarak kabul edilmelidir. Çünkü, suç, suçlunun şahsında bulunan gayritabiîlikler nedeniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içerisinde meydana gelmektedir. Kişi, söz konusu bu gayritabiîliklerin etkisiyle suç işlemektedir. Suçluyu harekete getiren nedenler onun iradesi dışındadır. Bu nedenle, irade ve hareketlerinde serbest olmayan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesiri olamaz. ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 128; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s.463; Enrico FERRI, suçun sebeplerini yalnız ferdin

bakımından uzlaştıracı bir akımın ürünü olarak ortaya çıkmış bulunmasıdır²⁰¹. Klasik teorinin manevî sorumluluk esası benimsenmiştir. Buna göre, cezanın ölçüsü manevî sorumluluktur, kusurdur. Bu nedenle, günümüzde, ceza sorumluluğunun temeli kusura dayalı sorumluluktur²⁰². Cezanın miktarı kusura göre belirlenmektedir²⁰³.

Pozitivist teoriden gelen esaslar ise “suçlunun kişiliği” ve “tehlike hali” kavramlarıdır²⁰⁴. Çünkü güvenlik tedbirlerinin yaptırım olarak uygulandığı hallerde ortada kusur yeteneği bulunan bir kimse, dolayısıyla da kusurlu bir hareket yoktur²⁰⁵.

bedeninde değil, sosyal çevrenin yapısında olduğunu, yani, suçu, sadece ferdi bir gerçeklik (fenomen) değil, aynı zamanda sosyal, biyolojik bir doğal olandan sapma (gayrıtabii) olarak tanımlamaktadır. GAROFALO’ya göre ise; suç, ahlakî gayrıtabiiyetten oluşan biyolojik bir gayrıtabiiyettir. Suçluda yalnız bedeni anormallikler değil, aynı zamanda ruhi ve ahlakî anormallikler de mevcuttur. Merhamet, insaniyet, doğruluk (yahut adalet) duygularının bazen de bir veya ikisinin eksikliği ile meydana gelen neticeler sonucu suç işlenebilir. Muhittin GÖKLÜ tarafından, GAROFALO, Baron Rafaele, Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza, (Çev.: Muhittin GÖKLÜ), İstanbul, 1957 isimli eserin tanıtımı için yapılan “Eser ve Müellifi” başlıklı açıklama, s. 12-13.

²⁰¹ Buna göre uzlaştıracı teori içerisinde klasik teorinin temel esasları olan manevî sorumluluk, yani kusura dayanan sorumluluk egemen esas olarak kalmaktadır, ceza da varlığın korumaktır; cezanın ölçüsü esas itibarıyla, manevî sorumluluk, kusur olmaktadır. Pozitivist doktrine düşen pay ise, tehlike hali kavramına dayanan güvenlik tedbirlerinin benimsenmesi ve uygulanması ile suçlunun kişiliğinin hukukî bir kavram olarak kabul edilmesidir. Cezada bireyselleştirme çağdaş ceza hukukunda artık tamamıyla kabul edilmiş bir prensip olarak yerine almıştır. Geleneksel bastırma kavramının yanında sosyal savunma ve suçun önlenmesi kavramları da yer almakta, ceza kavramı yerini iyileştirme kavramına bırakmağa doğru ilerlemektedir. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt I, s. 104.

²⁰² Bu ilke kişinin ancak kasıt ile veya taksir ile hareket etmesi nedeniyle, psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden dolayı sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Beta Yayınları, Ankara 1998, s. 8; Kusur ilkesi bakımından Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kuruluş yıllarında verdiği ve günümüze kadar hep atıf yaptığı kararı önemlidir. Mahkeme bu kararı ile indeterminist kusur kavramını benimsemiştir ve ceza için kusuru şart koşturmaktadır. Buna göre, kusur kınanabilirliktir. Kusurun olumsuz değer yargısıyla, faille, kendisinin hukuka uygun davranışta bulunmadığı, hukuka uygunluğu tercih edebilecek iken haksızlığı seçtiği suçlaması yöneltilmektedir. Kusur kınamasının iç nedeni, insanın ahlakî olgunluğu elde eder etmez ve kendi özgür, ahlakî tercihi Alman CK’nun 51. paragrafında (günümüzde CK’nun 20., 21. paragraflarında) zikredilen hastalık durumlarına dayanmadığı veya sürekli olarak ortadan kalkmadığı sürece, insanın özgür, sorumlu, kendi ahlakî tercihinde bulunduğu ve bu nedenle hukuksallığı tercih etmek ve haksızlığa karşı bir karar vermek açısından bu yeteneğinin bulunduğu anlayışına istinat etmektedir (BGHSt 2, sh. 194). SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor, (Çev.: Yener ÜNVER), Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Ankara 2004, s.13.

²⁰³ NUHOĞLU, s. 28

²⁰⁴ ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1991, 2. Bası, s. 4; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 568; Ceza Kanunlarına, Pozitivist ve Toplumsal Savunma Görüşlerinin etkisi ile daha çok sayıda güvenlik tedbirleri girmiştir. NUHOĞLU, s. 341; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s.463 vd.

²⁰⁵ ÖZTÜRK Bahri Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 3; Kanaatimizce, TCK’nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımlardan hiç birinin suçludaki tehlike haliyle orantı olarak hükmedilmediği ve esas itibarıyla 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,

Güvenlik tedbirlerinin uygulamasında işlenmiş olan suçun ağırlığından ziyade, failin şahsı, topluma zarar vermesi muhtemel durumu dikkate alınmakta²⁰⁶, şahsın topluma zarar vermesi muhtemel bu durumu ise, “tehlike hali” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁷. Buna göre, güvenlik tedbirleri kanunla öngörülmesi, suçun işlenilmesinden sonra uygulanmalı, hâkim kararına dayanmalı ve toplumsal savunmaya yönelik bulunmalıdır²⁰⁸.

Güvenlik tedbirlerinin, cezanın yanı sıra, ikinci bir yaptırım olarak kabul edilmesi, ikilik (=dualité), ceza ya da sadece güvenlik tedbirlerinin kabul edilmesi ise birlik (unitarie) sistemi olarak isimlendirilmektedir²⁰⁹. Kanunda, her iki yaptırıma da yer verilmesi durumunda, kanun koyucunun, her şeyden önce, yaptırımın ceza ve güvenlik tedbiri olarak kullanılacağı halleri ayırması ve iki hale ilişkin genel hükümleri ayrı ayrı göstermesi gerekmektedir²¹⁰.

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

²⁰⁶ TANER, s. 571.

²⁰⁷ Tehlikeli hâl kavramı ile anlatılmak istenen, böyle bir durumda bulunan şahsın yeni suçlar işleme olasılığının bulunmasıdır. Geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki alışkanlıkları, fizyolojik veya akli kusurları nedeniyle bazı kimselerin tehlikeli bir hâl içerisinde bulunduğu söylenebilir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 997; ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 134; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s. 467-468; Burada söz konusu olan tehlike gerçek ve fiili bir tehlike değil, muhtemel (olası) bir tehlike olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, emniyet tedbirleri, yalnızca toplumsal bakımdan tehlikeli kimselere uygulanabilmektedir. Onun için, hakkında emniyet tedbiri uygulanacak olan kimsenin, isnad yeteneğinin bulunup bulunmaması, cezalandırılabilir olup olmamasının önemi yalnızca uygulanacak tedbirin türünü ve süresini belirlemekten öteye bir anlam ifade etmemektedir. HAFİZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 236; Zarar veya zarar tehlikesi, gerçek ve fiilidir, geçmişe veya mevcut duruma ait bulunmaktadır. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 455.

²⁰⁸ ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 133-145; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s. 468-473; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 997; 1930 İtalyan CK 202/1. maddesi ile emniyet tedbirlerinin uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesini öngörmektedir. Bunlardan birincisi bir suçun işlenmiş bulunması ve diğeri ise failin toplum için tehlikeli olması durumudur. Aynı şartlar, 07.12.1940 Tarihli Brezilya CK 76. maddesinde de öngörülmektedir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1008, dp. 24.

²⁰⁹ TANER, s. 572-573;

²¹⁰ DÖNMEZER/ERMAN’a göre, “TCK (765 say.TCK) 25. maddeye göre bu genel cezanın süresi üç günden iki yıla kadardır. Ceza 25 maddenin gösterdiği asgari sınırın altında uygulanamaz. Kanunun suçu tarif eden maddesinde ayrıca açıklandığı hallerde bir cezadır. Diğer hallerde ise 35. maddeye göre mahkûmiyetin kanuni neticesidir. Mevzuatımızda bu cezanın ayrıca belirtilerek kullanıldığı haller vardır. Özellikle Tababet ve Şuabatının Sureti İcrası Hakkındaki Kanunda olduğu gibi. Bu hususta tâtıl, memnuiyet, mahrumiyet gibi sözcükler kullanılmaktadır...Hukukumuz bakımından, müeyyidenin ceza ve tedbir olarak uygulandığı halleri ayrı ayrı belirtmek ve çeşitli problemler bakımından ve özellikle halk sağlığına ve ekonomik suçlara ilişkisi itibarıyla özel hükümler getirmek gereklidir”. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 702. Bu açıklamalar dan da anlaşılacağı gibi, 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.

Buna göre; güvenlik tedbiri, “tehlikeli failler hakkında, ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan, tehlikelik ile orantılı olan, genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan, kanunla belirlenen ve hâkim tarafından hükmedilen yaptırım” olarak tanımlanabilir²¹¹.

B. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanmasında Sıra Sorunu

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin, yaptırım olarak kabul edilmesinden sonra, temel meselelerden biri de, bunlardan hangisinin, daha önce uygulanması gerektiğinin saptanmasıdır²¹². Kanunun, her iki yaptırıma birlikte hükmetme imkânını tanıdığı halde, iki izlilik ilkesinden bahsedilir²¹³. Buradaki iki izlilik, aynı doğrultuda iki iz, farklı yollardan aynı sonuca ulaşmaya çalışan iki yaptırım anlamındadır²¹⁴. Tek izlilik sisteminde (tekçi sistemde) ise ceza kanunda sadece güvenlik tedbiri veya sadece ceza bulunmaktadır²¹⁵.

²¹¹ NUHOĞLU, s. 9

²¹² Gittikçe önemini kaybetmekle birlikte, güvenlik tedbirleri kavramı ve anlayışının ortaya konulduğu ilk günden beri yapılan en önemli tartışmalardan biri, suç karşılığı uygulanacak olan cezalar ile güvenlik tedbirlerinin nasıl uygulanması gerektiği üzerinde olmuştur. Bu durumda esas itibarıyla dört ayırım yapılabilir; 1) Güvenlik tedbirlerinin, uygulanacak cezanın yanında bir tamamlayıcı olarak uygulanması, 2) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin seçimlik olarak uygulanması, 3) Ceza yerine yalnızca güvenlik tedbirlerinin uygulanması, 4) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin kaldırılması ile her ikisinin yerine başka bir isimde yaptırım uygulanması. Örneğin, Pozitivist doktrin ceza yerine yalnızca güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 573.

²¹³ NUHOĞLU, s. 144.

²¹⁴ İki izlilik prensibi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: NUHOĞLU, s. 143-106; İki izlilik prensibi esas itibarıyla ceza kanununda yaptırım olarak hem emniyet tedbirlerinin ve hem de cezanın kabul edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Ancak JESCHECK’e göre, (Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4.Aufl., Berlin, 1988, s.78) iki izlilik prensibi aynı hükümde hem cezaya ve hem de güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi demektir. Kanunda her iki yaptırımın da bulunması ancak, bu yaptırımlardan yalnızca birine hükmedilebilmesi haline ise kısmi tek izlilik ilkesi olarak adlandırılması gerekmektedir. NUHOĞLU, s. 143; İki izlilik sisteminin farklı biçimlerde uygulanması da söz konusu olabilir ki bunlar temsil ve toplanma sistemi olarak adlandırılmaktadır. “Temsil sisteminde, ceza ve emniyet tedbirlerine birlikte hükmedilir, ancak infaz sırasında, cezanın işlevini de görebildiği sürece ceza yerine sadece güvenlik tedbiri infaz edilir. NUHOĞLU, s. 150; Toplanma sisteminde ise emniyet tedbirleri istisnasız olarak cezanın yanında uygulanır. Bu durumda genellikle önce ceza daha sonra ise emniyet tedbiri infaz edilir. Ancak, ceza ve tedbire birlikte ihtiyaç varsa ikisine birlikte hükmolunur ve ikisi birlikte uygulanır. Bunun yanı sıra suç siyasetinin gerektirdiği durumda ise acil ve önemli olan yaptırıma öncelik tanınması gerekir. NUHOĞLU, s. 158-159.

²¹⁵ Tek izlilik sistemi (tekçi sistem) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NUHOĞLU, s. 160-167.

Bu anlamda tek izlilik İsviç Hukukunda uygulanan sistem olup, İsviç Hukukunda, failin işlediği bütün suçların, onun yaşam tarzındaki kişiliğindeki bir asosyallığın bir sonucu olduğu kabul edildiğinden faile karşı çeşitli türlerden yaptırımın uygulanması kabul edilmemiştir. NUHOĞLU, s. 160-161; Pozitivistlere

Alman, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları, iki izlilik ilkesini kabul ederek, bir fiilden dolayı hem ceza ve hem de emniyet tedbiri uygulanmasına imkân vermektedir²¹⁶.

1995 tarihinde yürürlüğe giren İspanya CK da benzer şekilde iki izlilik prensibini benimsemiştir²¹⁷.

“İki izlilik sistemi Alman Ceza Hukukunun karakteristik bir özelliğidir”²¹⁸ Bu sistem içerisinde ceza ve tedbirler arasında ayırım yapılır. “Ceza, hukuka aykırı olan ve failin sorumluluğu içinde kalan bir hareketin dengelenmesi için, ona adil bir şekilde yüklenmiş bulunan bir kötülük, bir zarar olup, ona, o fiililin toplum nazarında tasvip edilmediğinin ifade edilmesidir”²¹⁹. Güvenlik tedbirleri ise, fiilden ve failin

göre, suçlulukla ve özellikle mükerrirlikle mücadele konusunda cezanın elverişsizliği artık anlaşılmıştır. Buna rağmen, cezanın yerini emniyet tedbirlerinin alması görüşü (tekçi sistem) bugün için yine de mevzuatın oluşturulmasında çok etkili olamamıştır. Örneğin, “ceza” kavramına yer vermeyen bunun yerine “sosyal savunma yaptırımları” ibaresini kullanan FERRI’nin hazırladığı 1921 Tarihli İtalyan CK öntasarısı kanunlaşmamıştır. Bu gün için yalnızca 05 Mart 1954 Tarihli Grönland CK bu kategoriye giren tek kanunu oluşturmaktadır denilebilir. ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 169-170; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s. 489.

²¹⁶ NUHOĞLU, s. 345; 26.01.1998 tarihinde yürürlüğü giren “Altıncı Ceza Hukuku Reform Kanunu” ile Alman Ceza Kanunun güvenlik tedbirlerine ilişkin 66.paragrafının uygulama alanı oldukça genişletilmiştir. ÜNVER, Yener, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, Haziran 2004, İstanbul, s. 909.

²¹⁷ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 951-952

²¹⁸ Alman Ceza Hukukunun bu gün için benimsediği iki izli sistem anlayışının temeli 1933 yılında çıkartılan İtiyadi Suçlular Kanununa kadar gitmektedir. 1969 yılında yapılan Alman Ceza Hukuk reformu ile cezalar ve tedbirler sistemi yeniden inşa edilmiş, reform esas itibarıyla, “zorunlu olduğu kadar az ceza, mümkün olduğunca fazla sosyal yardım” ilkesi üzerine kurulmuştur. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 62.

²¹⁹ Alman Ceza Hukukunda, yaptırımı olarak, cezalar ve tedbirler öngörülmüş olup, asıl cezalar hürriyeti bağlayıcı ceza (§ 38) ve para cezasıdır (§ 40). Yegane fer’î ceza, araç sürme yasağıdır (§ 44). Kişinin motorlu bir taşıt aracını sürerken veya sürme ile bağlantılı olarak veya bir motorlu taşıt sürücüsünün görevlerini ihlâl ederek bir suç işlemiş olması durumunda, hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile mahkûm edilmesi durumunda, bu cezanın yanı sıra bir aydan üç aya kadar karayolları trafiğinde motorlu taşıt kullanmasını yasaklayabilir. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 62; Araç sürme yasağının yüksek bir prestij değeri vardır. HOTTER, Imke/ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Alanındaki Reformlara İlişkin Önerilerin Dökümü”, (Çev.: Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi 4, Seçkin yayınları, Ankara 2005, s. 161. Ancak, burada zikredilen ve bir fer’î bir ceza niteliğinde olan, sürme yasağının (fahrverbot), en fazla uygulama alanı bulan sürücü belgesinin geri alınması tedbirinden ayırt edilmesi gerekir. Çünkü, sürme yasağı sadece belli bir süre için motorlu taşıt araçlarının kullanılmasını yasaklar. Buna karşılık, sürücü belgesinin geri alınmasında (Entziehung der Fahrerlaubnis), hükümlü araç sürme yetkisini kaybeder ve daha sonra bunun yeniden kazanılması gerekir. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.72; “İki yaptırım arasındaki esaslı farkları ise şu şekilde sıralanabilir: 1) Araç kullanma yasağı cezadır. Oysa sürücü izninin geri alınması güvenlik tedbidir. 2) Araç kullanma yasağı fer’î ceza niteliğindedir, bu nedenle, failin trafik ceza hukukundaki suçlardan biri nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza ya da hapis cezasına mahkûm olması zorunludur. Araç kullanma izninin geri alınması için ise trafik ceza hukukundaki fiillerden birinin hukuka aykırı olarak gerçekleşmiş olması yeterlidir. Onun için, kusur yeteneği olmadığı için fail hakkında ceza mahkumiyetine hükmedilmemiş olsa bile bu tedbire hükmetmek mümkündür. 3)Araç kullanma yasağı,

karakterinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi, kişinin eğitilerek, tedavi edilerek veya koruma altına alınarak kendisine müdahale edilmesi ve böylece cezanın tamamlanmasıdır²²⁰.

Alman Hukuku, hürriyeti bağlayıcı tedbirlerin, hürriyeti bağlayıcı cezadan sonra infaz edilmesi ve çift izlilik ilkesinin katı şekil kurallarının sakıncalarını gidermek için, bunlar arasındaki zaman bakımından öncelik ve sonralık ilişkisini, tedbirlerin leyhine düzenlemiş ve tedbirin infazı için geçen sürenin cezadan mahsup edilmesini kabul etmiştir (§ 67)²²¹.

765 Sayılı TCK'da emniyet tedbirleri ya da güvenlik tedbirleri adı altında düzenlenmiş herhangi bir tedbir bulunmamaktadır. Çünkü; me'haz olan Kanunun (Zanardelli Kanunu) hazırlandığı tarihlerde, bu tanımlama, henüz ceza kanunlarına alınmamıştı²²². Ancak daha sonraki tarihlerde ceza kanunda yapılan değişiklikler ve özellikle 647 Sayılı CİHK ile tedbirler getirilmiştir.

765 Sayılı TCK hem güvenlik tedbirlerini ve hem de cezaları içerdiği için, geniş anlamda iki izlilik prensibini kabul ettiği söylenebilir²²³.

trafik ile bağlantılı suç işleyen ve aslında motorlu araç kullanmaya elverişli olan sürücüye karşı ileride daha dikkatli davranması için uyarı niteliğinde bir tepkidir. Araç kullanma izninin geri alınmasında ise araç kullanmaya elverişli olmayan sürücülerden kaynaklanabilecek tehlikelerden toplumu korumak amacı ile failin trafikten uzun süreli uzaklaştırılması söz konusu olmaktadır. 4) Araç kullanma yasağı bir aydan üç aya kadar bir süre için uygulanabilmektedir. Araç kullanma izninin geri alınması ise altı aydan beş yıla kadar veya toplumun korunması için zorunlu ise ömür boyu söz konusu olabilmektedir.5) Araç kullanma yasağının sonunda ilgili, kamu idaresinden el konulmuş olan sürücü belgesini geri almakta ve yeniden araç kullanabilmektedir. Araç kullanma izninin geri alınmasında ise belge iptal edildiği için, yasaklama süresinin sona ermesi ile birlikte ilgili kişi hemen tekrar araç kullanamaz. Bu kişinin yeniden sürücü belgesi alması için başvuruda bulunması ve bunun şartlarını yeniden yerine getirmesi gerekmektedir. TURHAN, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanunda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme", CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s. 189-190, dp. 52.

²²⁰ Tedbir kavramı, güvenlik tedbirlerini, suçtan meydana gelen malvarlığı kazancının mülkiyetinin devlete geçmesini, müsadereyi ve kullanılamaz hale getirmeyi kapsamaktadır (§11, fıkra 1, bend 8) JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 62.

²²¹ Yalnızca, tehlikeli suçluların, yeni suç işlemekten alıkonmaları için, muhafaza altında tutuldukları müessese (Sicherungsverwahrung), bu sistemin dışında tutulmuştur. Ancak burada da ceza çektirildikten sonra hükümlünün infaz sırasında gösterdiği gelişme göz önünde tutulduğunda, uygun görülürse, güvenlik tedbirlerinin tecil edilmesi imkânı kabul edilmiştir. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.71.

²²² TANER, s. 573 ve ayrıca s. 150-151.

²²³ Cezalarla birlikte, özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirlerine de hükmetme imkânı olmadığı için, bu tedbirler yönünden de dar anlamda iki izlilik sistemini kabul etmemiştir. Bunun yanı sıra, cezalarla birlikte diğer güvenlik tedbirlerine birlikte hükmetme imkânı verdiği için bu anlamda toplanma sistemini benimsediği söylenebilir. NUHOĞLU, s. 152-153 ve s. 345.

5237 Sayılı TCK açısından ise geniş anlamıyla iki izlilik sisteminin benimsendiği söylenebilir. Çünkü yaptırım başlığı altında hem cezalara ve hem de güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Ancak dar anlamıyla iki izlilik sisteminin olmadığı görülmektedir. Çünkü hem ceza ve hem de güvenlik tedbirine aynı bir tek hükümle başvurulamamaktadır. Ayrıca 32/2. maddesi dikkate alındığında ise tam bir temsil sisteminden söz edilebilir. Çünkü; davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ceza verilmekte ancak bu hapis cezası süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilmektedir. Böylece, ceza yerine güvenlik tedbiri geçebilmektedir. Bu nedenle, TCK'nın sisteminin karma bir sistem olduğu söylenebilir. Bu sistem eleştirilmiştir: 5237 Sayılı Kanundaki yaptırım sistemi açısından, “Kanun Koyucu, ceza normuna uymayı sağlamaya matuf yoksunlukları, doppio binario denen, ceza müeyyidesi ve güvenlik tedbirinin birlikte oluşturduğu bir sistem olarak görmeyi becerememiştir”²²⁴.

C. Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklar

Yapılan açıklamalar ışığı altında; cezalarla, güvenlik tedbirleri arasındaki farklar ise kısaca şöyle özetlenebilir²²⁵:

Cezada, ızdırap ve meşakkat esas olduğu halde, güvenlik tedbirleri böyle bir amaçla uygulanmaz. Güvenlik önlemleri içerisinde böyle bazı sınırlamalar varsa da bunlar esas itibarıyla suç işlenmesinin önüne geçmek içindir²²⁶.

²²⁴ “Cezai himayeyi sağlayan vasıtaların tümünü yaptırım sayarak tabiri caizse altı kaval üstü şişhane olan bir himaye cihazı oluşturmuştur” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 91.

²²⁵ Ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki farklar konusunda daha ayrıntılı bilgi için bnz.: TANER, s. 573-574; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 569-573; KUNTER, Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, İÜHF, C.:XIII, 1947, S.:4, s. 1327 vd; EREM, Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, C.1, Sayı 3, s.351 vd; ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 148-165; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 455 vd; Ceza ve güvenlik tedbirlerinin benzerlikleri konusunda ise; cezaların kanuniliği prensibinin, güvenlik tedbirleri hakkında da geçerli olacağı, emniyet tedbirlerinin de cezalar gibi ancak mahkemelerce uygulanabileceği ifade edilmektedir. Suçların kanuniliği prensibi gereği, emniyet tedbirlerinin de ancak suçun işlenmiş olması durumunda uygulanabileceği, bu nedenle suç işlenmemiş ise bunların da tatbik edilmeyeceği kabul edilmekle birlikte bunun bir istisnası olarak 1930 Tarihli İtalya Ceza Kanunun (Rocco Kanunu) 202/2 maddesi gösterilmektedir. Çünkü bu hükme göre, fiilin suç sayılmadığı durumlarda, toplum için tehlike arz eden şahıslar hakkında güvenlik tedbirlerinin hangi hallerde uygulanacağını yasada gösterilmiş olduğu bildirilmektedir. TANER, s. 574.

Ceza, hem genel hem de özel önlemeyi sağladığı halde, güvenlik önlemi yalnızca özel önlemeye yöneliktir²²⁷.

Ceza, gerek türü ve gerekse süresi bakımından, suçun ağırlığına ve failin kusurunun ağırlığına göre düzenlendiği halde, güvenlik tedbiri, failin şahsına, ihtimama muhtaç olup olmamasına, toplum için arz ettiği tehlikenin derecesine göre saptanmaktadır²²⁸.

Belki de en önemli fark; cezanın ancak manevî sorumluluğu bulunan fail hakkında uygulanabilir bir yaptırım olmasına karşılık, güvenlik tedbirleri, sorumlu olmayanlar, cezalandırılmayanlar hakkında uygulanabilir²²⁹. Güvenlik tedbirlerinin muhatabı, en başta bir suç işleyerek tehlikeli olduklarını gösteren kişilerdir. Bu kişilere ya ceza verilememektedir ya da verilse bile, ceza tehlikeliliklerini gidermeye yetmemektedir²³⁰.

II. SEÇENEK YAPTIRIM ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ AYRIMI

TCK, seçenek yaptırımlar gibi güvenlik tedbirlerini de kabul etmekte ve düzenlemektedir. Ancak; inceleme konusunu oluşturan ceza yerine hükmolunacak seçenek yaptırımlar ile güvenlik tedbirlerinin birbirine karıştırılmaması gerekir²³¹.

²²⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1007; ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 146; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s. 475; Güvenlik tedbirlerinde kefarete amacı ya da kötülük niteliği yoktur. Failin, tedbirin infazını kendisine yapılan bir kötülük olarak hissetmesi istenilmez. NUHOĞLU, s. 342.

²²⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1007; Güvenlik tedbirleri sadece ileriye yönelik olup, failin tekrar suç işlemesini önlemeye ve dolayısıyla toplumu korumayı amaçlamaktadır. ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 146-147.

²²⁸ ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 151; HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 237; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 456; Güvenlik tedbirleri suçludaki tehlike haliyle orantı olarak hükmedilen ve esas itibarıyla sosyal savunmaya amacına yönelmiş yaptırımlardır. KAMER, s. 327; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah, Pulat, Alman, Fransız İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, Genişletilmiş 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 64, s. 671.

²²⁹ “Kısmi ceza ehliyeti olan suçlu hakkında ceza indirimli olarak uygulanacağı için, cezanın suçlunun kusuru ve tehlikeliği karşısında yetersiz kalması söz konusu olacaktır. Bu nedenle hükmedilen cezanın tedbir ile tamamlanması gerekir. NUHOĞLU, s. 65 ve 342; HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 237; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 457-458.

²³⁰ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 92; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 456.

²³¹ Bu konudaki karıştırmaların sadece Kanunun muhatapları tarafından değil ve fakat asıl itibarıyla Kanun koyucu tarafından da yapıldığı dile getirilmektedir. “...Kanun koyucu, kendince aralarında bir nitelik farkı görmesine rağmen, doktrinde tartışılan kuramsal esaslarını anlamamış, ceza ve güvenlik tedbirlerini birbirine karıştırmış; ceza mahkûmiyetinin sonucu olması gereken yoksunlukları, geçerli bir nedene bağlı olmaksızın, keyfî olarak, esasen ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak görülmesi mümkün olmayan

A. Düzenlendikleri Yer İtibariyle Farklılıkları

Güvenlik tedbirleri ve seçenek yaptırımlar birbirlerinden tamamen ayrılmaktadır ki, TCK açısından bu ayrılığı, öncelikle, her ikisinin düzenlendikleri yer açısından görmek mümkündür.

TCK'nın üçüncü kısım başlığı “yaptırımlar” şeklindedir. Bu kısmın birinci bölümünde cezalar, ikinci bölümünde ise “güvenlik tedbirleri” düzenlenmektedir.

TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar Kanunun, “üçüncü kısım birinci bölümde” düzenlenmektedir ki bu bölümün başlığı “cezalar” şeklindedir. Onun için, kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunacak olan seçenek yaptırım bir güvenlik tedbiri değildir. Düzenlendiği yer itibariyle bir cezadır.

B. Uygulanması Gereken Koşullar Bakımından Farklılıkları

Seçenek yaptırımın uygulanabilmesi için sanığın, suç sayılan kusurlu eylemi nedeniyle hakkında hapis cezasına uygulanması gerekmektedir. Seçenek yaptırım bir ceza olduğu için ancak ve yalnızca suç işlediği kesin olarak anlaşılan kusurlu bir kimse hakkında hükmolunabilir²³². 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. Çünkü, seçenek yaptırım bakımından aranması gereken en önemli unsur,

güvenlik tedbiri kalıbı içine sokmuştur.” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 79. Benzer ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.470; Bunun yanı sıra; TCK'nın yaptırımlar sisteminin doğru ve ahenkli olduğu yolunda görüş için bkz: ROXIN/İSFEN, s. 293 “Yeni Türk Ceza Kanunun Genel Hükümlerinin uluslararası standartlara uygun iyi bir kanun koyma eseri olduğu söylenebilir. Cezalandırılabilmesinin şartlarının gayet detaylı ve hukukî güvenilirlik kazandırıcı şekilde düzenlenmiş olması, ayrıntılı yaptırım sistemi ve her yerde müşahade edilebilirliği üzere, hukuk devleti ilkelerinin güvence altına alınması için gösterilen gayretler (örneğin kusur ilkesinin geniş kapsamda gerçekleştirilmiş olması) özel bir takdiri hak ettirmektedir.”

²³² Kusur ilkesi evrensel bir hukuk kuralıdır. Çünkü, ceza hukukunun temel prensiplerinden biri kusursuz ceza olmaz (nulla poena sine culpa) olduğuna göre, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla, kusurlu sayılması mümkün olmayan kişi hakkında sadece cezaya hükmolunamayacağını ifade etmektedir. İşlediği fiil haksızlık ve dolayısıyla suç teşkil etme özelliği devam ettirdiği için; bu durumda her ne kadar kişi hakkında cezaya hükmedilemeyecek ise de şayet bir tehlikelilik hali söz konusu ise koruma ve ıslah amaçlı olarak güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 564-565.

kusurluluktur, yani cezaî ehliyetin varlığıdır. Eğer, ortada bir suç yoksa ceza verilemez ve bunun doğal bir sonucu olarak da, seçenek yaptırıma hükmolunamaz. Oysa, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için sanığın kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır²³³. Bunlar, toplumsal savunmaya yönelik yaptırımlardır²³⁴. Örneğin bir şahsın işlediği suçta kusurlu olduğu belirlenememiş ise, bu şahsa hapis cezası verilemez²³⁵. Kendisine hapis cezası verilemeyen birine ise, doğrudan doğruya, mesela, bir seçenek yaptırım, uygulanamaz. Şahsın kusurunu ortadan kaldıran bir sebep varsa ona hapis cezası verilemez ve aleyhinde seçenek yaptırıma hükmolunamaz. Oysa, güvenlik tedbiri kusurlu olmasa da sanığın tehlikeliliği ile ilgili olduğundan, Kanunun öngördüğü hallerde ve belirttiği biçimlerde bir güvenlik tedbirine hükmolunabilir.

Hükmolunacak seçenek yaptırım ve güvenlik tedbirinin seçiminde uygulanacak ölçütler de bu nedenle farklılıklar göstermektedir. Cezanın kusurla, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olması gerektiği belirtildiğinde²³⁶, hiç kuşku yok ki seçenek yaptırım, failin tehlikeliliğine göre değil, failin kusuruna göre belirlenecektir²³⁷. Bunu ise TCK'nın 50. maddesi, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, 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

²³³ TANER, s. 76-78.

²³⁴ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 33-34

²³⁵ Ceza sorumluluğu için, kanunun suç olarak tanımladığı tipik fiilin yanı sıra, fiili işleyen kusurlu olması da gereklidir. Kusurluluğun araştırılması, uygarlığın ve insan düşüncesinin büyük bir kazanımıdır. Çünkü, kötü güçlerin zararlı davranışından insanın zararlı ve ihlal edici davranışlarını ayırt etmeyi sağlamıştır. Kusurluluk, uygarlığın ve ceza sorumluluğunun vazgeçilmez bir ilkesini oluşturmakta ve modern ceza hukuku düzenleri ceza sorumluluğunu, daima kusursuz suç olmaz (nullum crimen sine culpa) ilkesiyle ifade etme cabası içerisinde. ÖZEN, s. 346.

²³⁶ ROXIN/İSFEN, s. 281; ARTUK, Mehmet Emin, "Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s.13; ARTUK, Güvenlik Tedbirleri, s. 478.

²³⁷ "Kusur, normdan sapan davranışın subjektif isnadiyeti ilkesi olarak anlaşılmalıdır" SCHREIBER, Hans-Ludwig, "Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi", (Çev.: Yener ÜNVER), Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), s. 30; Bunun ile anlatılmak istenen, suç sayılan fiilin, suçu işleyene isnad edilebilmesi, suçlunun bu fiilinden sorumlu tutulabilmesi için mutlak surette kusurlu olması hususunun gerekliliğidir. Kusur yoksa, cezai sorumluluk da doğmayacaktır.

bulunmasına karşın, tehlikeliliğini anlatan ibareler yer almamaktadır²³⁸. Örneğin akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü nedeniyle kusurlu sayılmayan birinin, yargılama sırasında pişman olup olmamasına bir hukukî değer izafe edilemez. Ancak kusurlu olduğu için cezalandırılan biri için bu söz konusu olabilir.

Kanaatimizce, 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 göstermektedir²³⁹. Oysa seçenek yaptırımlar, adlî 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.

Şunun da açıklığa kavuşturulması gerekir ki, seçenek yaptırımların güvenlik yaptırımı olarak kabulü yerine, birer ceza olarak kabulü, kişi hak ve hürriyetlerinin koruması amacına daha uygun düşmektedir²⁴⁰.

²³⁸ TCK m.50, m.61 ve 62.madde arasındaki yakınlık ve benzerlikler hususu, “Seçenek Yaptırıma Hükmetmenin Sanığa İlişkin Koşulları” bahsinde ayrıca ele alınmıştır.

²³⁹ Benzer görüş için bakınız TANER, s. 78 : “Ceza ancak sorumlular hakkında tertip olunabilir. Bunların içinde mükerrir olmak gibi kanunun tayin ve tasrih edeceği muayyen şartları ve vasıfları dolayısıyla tehlikeli hâl arz edenler hakkında cezadan ayrı olarak ve nisbî müddetsiz hüküm usulü ile, emniyet tedbirlerinin tatbik olunması ve bu cümleden olmak üzere icabında kendilerinin sosyetenin uzaklaştırılmaları yoluna da gidilebilir”; Cinsel açıdan tehlikeli suçlular bakımından müddetsiz hüküm kavramı kabul edilmelidir. Çünkü, bu gibi kimselere akli bakımdan anormal oluşları nedeniyle, yalnızca suçluluk fiilinde bulunan bir kişi olarak bakılamaz. Bunlardan ancak rehabilitasyonu tamamlanmış kişiler salıverilmelidir” GUTMAHER, M./WEIHOFEN, H., *Psychiatry and Law*, New York 1952, s. 130, nakleden: YÜCEL, *Kriminoloji*, s.97, dp. 6.

²⁴⁰ Kanaatimizce seçenek yaptırımlar alternatif birer cezalandırma şekli olarak düşünülmüş, ancak bu yapılırken düzenleme çok iyi yapılamamıştır. Seçenek yaptırımlara birer ceza olarak yer verilecek ise kuşkusuz bunun yeri ceza kanunu olmalıdır. (Benzer düşünce için bkz. ÇINAR, s. 35). Hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz şeklinde getirilecek bazı farklı düzenlemeler seçenek yaptırımlara benzese bile bunlar da ceza infaz kanunlarında yer almalıdır. Mesela CGTİHK’nın 110. maddesi buna örnek olarak verilebilir; Farklı bir görüş için bakınız: “Kanun’un 50 nci maddesinde ihlale seçenekli tepki olarak yer alan yoksunluklar, yürürlükten kalkmış bulunan 647 Sayılı CİHK’dan alınırken, tarihi kanun koyucu, cezanın kanuniliği ilkesi ile infazın kanuniliği ilkelerinin farklı olduklarının farkında olmamış, yürürlükten kaldırılan kanunda ceza hukukunda ceza sisteminin uru olan bir hüküm, hiç düşünülmeden, 5271 (5273 olmalı) Sayılı Kanun’a monte edilmiştir” HAFIZOĞULLARI, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, s. 80.

III. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ NEDENİYLE HÜKMOLUNAN TEDBİRLER (YÜKÜMLÜLÜKLER) ve SEÇENEK YAPTIRIMLAR

Seçenek yaptırımlar ile yakınlık gösteren veya karıştırılması muhtemel diğer bir müessese ise hiç kuşku yok ki TCK'nın 51. maddesinde düzenlenmiş bulunan, hapis cezasının ertelenmesi nedeniyle hükmolunacak olan tedbirlerlerdir. Kanun 51.maddenin 6.,7, ve 8. fıkralarında bu tedbirleri “yükümlülükler” olarak ifade etmektedir. 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.

A. Hapis Cezasının Ertelenmesi Nedeniyle Hükmolunan Tedbirler (Yükümlülükler) ile Seçenek Yaptırım Arasındaki Farklar

1. Kanundaki Düzenlenme Yeri ve Uygulanma Şartları Açısından Farkları

TCK m 51 gereğince, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir²⁴¹. Erteleme kararının verilebilmesi için, kişinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir.

İki müessese arasındaki ilk fark kendisini burada gösterir. Zira 50. maddeye göre hükmolunan hapis cezasının, maddede yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi için, sanığın bir mahkûmiyetinin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur.

Hapis cezasının ertelenebilmesi için ikinci önemli şart ise, TCK m. 51/1 (b) gereğince, suçu işledikten sonra, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla, tekrar suç işlemeyeceği konusunda, mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir²⁴².

²⁴¹ Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olanlar bakımından üç yıldır.

²⁴² TCK 51/1 (b) yer alan, “suçu işledikten sonra yargılam sırasında gösterdiği pişmanlık” tanımlaması doğru değildir. “Suçu işledikten sonra ibaresi” fazladır ve anlamsızdır. “Yargılama sırasında gösterdiği pişmanlık” yeterlidir. Çünkü, zaten sanığın suçun işlenilmesinden önce yargılanması diye bir şey olamaz.

Burada, her iki müessesede ortak olan nokta belki de sanığın suç işledikten sonra ve özellikle yargılama sırasında duyduğu pişmanlıktır. TCK 51/1 (a) maddesinde yazılı yargılama sırasında duyulan pişmanlık (ve sanığın bir daha suç işlemeyeceği kanaati) erteleme şartı iken, 50/1. maddesine göre yargılama sürecinde duyulan pişmanlık, bu maddeye göre hapis cezası yerine seçilecek olan seçenek yaptırımın belirlenmesinde bir ölçüt olarak gösterilmektedir.

a. Zararın Giderilmesi Seçenek Ceza Yaptırımı ve Ertelenme Şartı Olarak Zararın Giderilmesi Tedbiri (Yükümlülüğü)

TCK'nın 51/2. maddesine göre; hapis cezasının ertelenmesi, mağdurun zararının 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. Görüldüğü üzere, burada zararın giderilmesi, hapis cezasının ertelenebilmesi için bir koşuldur. Bu yerine getirilirse, hapis cezası ertelenmektedir. Oysa TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince mağdurun zararının giderilmesi, hapis cezası yerine hükmolunan bir başka cezadır. Yani, bu ikinci durumda, zararın giderilmesi seçenek yaptırımına hükmolunmuş ise, artık ceza, bu zararın giderilmesidir. Zararın giderilmesi ile birlikte, hüküm infaz edilmiş olur ve infaz edilmiş bir mahkûmiyet hükmü olarak zararın giderilmesi cezası kalmış olur. Oysa, TCK m. 51/2 gereğince, mağdurun zararının giderilmesi bir erteleme şartı olarak belirlenmiş ise, hapis cezası hükmü (ik yıl hapis cezası veya bazı haller için üç yıl hapis cezası) vardır. Zararın giderilmesi edilmesi, sadece, bu hapis cezasının infazını ertelemektedir. Deneme süresi sonuna kadar, eğer suç işlenmez ise, belirtilen hapis cezasına ilişkin hüküm, infaz edilmiş sayılacaktır (TCK m. 51/8).

b. Eğitim Kurumuna Devam Etme Seçenek Yaptırımı ve Eğitim Programına Devam Etme Tedbirleri (Yükümlülükleri)

TCK'nın 51/3. maddesine göre; cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere ve mahkûm olunan ceza süresinden az olmamak üzere, bir deneme süresi belirlenecektir. Bu deneme süresi içerisinde TCK'nın 51/4 (a) maddesi gereğince, bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine karar verilebilir. Bu durumda da, hiç kuşku yok ki, hükmolunan hapis cezası var olmaya devam etmektedir. Hükmolunan bu yükümlülük, deneme süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken ek bir tedbirdir. Oysa, 50/1 (c) maddesi gereğince hükmolunan, en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, eğitim kurumuna devam etmeye ilişkin karar, hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine hükmolunan, bir başka cezadır ve artık gerçek anlamda ve uygulamada, hüküm, hapis cezası değil, bu seçenek yaptırımın kendisidir (TCK'nın 50/5).

Burada önemli bir diğer fark ise, 51/4 (a) maddesi gereğince, hükümlünün, bir eğitim programına devam etmesine karar verilirken, hükümlünün bir meslek veya sanat sahibi olmaması gerekir. Oysa 50/1 (c) maddesinde hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, seçenek yaptırımı çevrilebilmesi için, madde metninde benzer bir ibare kullanılmamıştır. Kanaatimizce, 50/1 (c) maddesi gereğince seçenek yaptırım bakımından, hükümlünün, bir meslek veya sanatının bulunup bulunmadığı çok önemli olmayacaktır. Bir başka anlatımla sanığın bir meslek veya sanatı yoksa, böyle bir seçenek yaptırımı 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 yaptırımı hükmolunabilir. Oysa erteleme durumunda deneme süresinde devamı zorunlu kılınan eğitim programının, mutlaka, bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bir meslek veya sanat edinmesi amacıyla ve ancak bu amaç için, bir eğitim programına devamına karar verilebilmesi gerekir.

Bu iki hüküm arasında önemli bir diğer farklı düzenleme ise, seçenek yaptırım olarak eğitim kurumuna devam etmeye karar verildiğinde, bu eğitim kurumu, barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumu olabilir. Oysa cezası ertelenen hükümlü için devamı zorunlu kılınan eğitim programının, barınma imkânının bulunup bulunmamasından bahsedilmemektedir. Zira 50/1 (c) maddesinde eğitim kurumuna devamdan 51/4 (a) ise eğitim programına devamdan bahsetmektedir. Bunların farklı anlaşılması gerekir.

Bunun yanı sıra, TCK'nın 51/4 (c) maddesi gereğince, on sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, “bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine karar verilir” şeklindeki düzenleme ile Kanun 50/1 (c) maddesindeki kısa süreli hapis cezası için hükmolunacak seçenek yaptırım uygulama şartları bakımından birbirine daha yakın gözükmemektedir. Ancak, TCK 51/4 (c)'de yer alan düzenleme de esas itibarıyla bir güvenlik tedbiridir. Çünkü, eğitim kurumuna devam etmek tedbirinin yanında erteli hapis cezası bulunmaktadır.

Belirtilen eğitim kurumuna devam etmek tedbirleri yanı sıra hukukumuzda iki ayrı yer de daha benzer nitelikte düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; 5275 Sayılı CGTİHK'nın 107/8. maddesidir. Buna göre; koşullu salıverilmeden yararlanan çocuk hükümlülerin, denetim süresince, eğitimlerine gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam etmesi şeklinde infaz edilebilir. Görüldüğü üzere, bu, tamamen infaz aşaması ile ilgili olup, ceza olarak hükmolunan bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımından tamamen ayrı bir durumu ifade etmektedir.

İkinci düzenleme ise; 5271 Sayılı CMK'nın 231/8. maddesi (a) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde²⁴³, sanığın 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmasıyla, bu süre içerisinde bir yıldan fazla olmamak üzere, mahkemece belirlenecek süreyle, sanığın bir denetimli serbesti tedbiri olarak bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak

²⁴³ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, (RG: 25.07.2010 gün ve Sy. 27652) 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile TCK m.231/6.fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir.

amacıyla, bir eğitim programına devam etmesine karar verilebilir. Görüldüğü üzere, buradaki yükümlülük, bir denetimli serbesti tedbiridir. Bir ceza değildir.

c. Kamuya Yararlı İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı ve Ücret Karşılığı Çalıştırılma Tedbirleri (Yükümlülükleri)

TCK'nın 51/4 (b) maddesi gereğince, cezası ertelenen bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, deneme süresi içerisinde; bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, mahkemece, karar verilebilir.

Benzer şekilde ; 5237 Sayılı CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasının (b) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, sanığın 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulması ve bu süre içinde, bir yıldan fazla olmamak üzere, bir meslek ve sanat sahibi olması durumunda, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında, çalıştırılmasına karar verilebilir.

TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince, hükmolunan kısa süreli hapis cezası, sanığın da buna gönüllü olması koşuluyla, kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına çevrilebilir.

Görüldüğü üzere, seçenek yaptırım olarak ancak bir kamuya yararlı işte çalıştırılmasına karar verilebilmekte, oysa cezası ertelenen hükümlünün ya da hakkındaki hükmün açıklanması geriye bırakılmasına karar verilen yükümlünün, verilen deneme süresi içerisinde, bir meslek veya sanat sahibi olması koşuluyla, kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ve ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilebilmektedir.

Seçenek yaptırım olarak, ancak kamuya yararlı bir işte ve ücretsiz olarak çalıştırma söz konusu olmaktadır ki bu hükmolunan seçenek yaptırımın doğrudan doğruya ceza olması ile de alakalıdır.

2. Seçenek Yaptırım ile Güvenlik Tedbirleri (Yükümlülükleri) Kararlarının Hukuki Sonuçları Bakımından Farkları

TCK 51. madde gereğince hapis cezasının ertelenmesi durumunda, deneme süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle mahkemece ayrıca karar verilmiş olması gerekir. Buna karar verilmiş olması, ertelenen hapis cezasını ortadan kaldırmaz. Ceza, erteli olarak var olmaya devam eder ve ancak TCK'nın 51/8. maddesi gereğince denetim süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle uygun davranılması halinde veya herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesine hükmolunmamış ise, deneme süresinin iyi halli olarak geçirilmesinin sonunda, ceza infaz edilmiş sayılmaktadır²⁴⁴. Burada infazı yapılmış olan cezadan kasıt hükmolunan hapis cezasıdır. Deneme süresi içerisinde yerine getirilen yükümlülük ceza değildir. Hükmolunan cezanın yanında (ek) bir tedbir niteliğindedir.

Oysa, kısa süreli hapis cezasının yerine hükmolunan seçenek yaptırımın kendisi cezadır. Bunun yerine getirilmesi ile birlikte seçenek ceza da yerine getirilmiş sayılır ve uygulamada asıl mahkûmiyet hükmü, bu seçenek yaptırımın kendisi sayılır (TCK m. 50/5).

3. Seçenek Yaptırımın İnfazı ile Güvenlik Tedbirinin İnfazı Arasındaki Farklar

TCK'nın 50. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlar ile hükmolunan hapis cezasının ertelenmesi nedeniyle, TCK'nın 51/3. maddesi gereğince belirlenen deneme

²⁴⁴ Cezanın infaz edilmiş sayılmasına ilişkin TCK'nın 51/8. hükmü hukukumuzda yeni bir düzenlemedir. Zira eski TCK'nın 02.06.1941 gün ve 4055/1 Sayılı Kanun ile değişik 95. maddesine göre; "I- Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki Asliye ceza mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya, II- Cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmazsa cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur" biçiminde olduğundan, eski TCK uygulamasında, ertelemenin, bir şartlı af olduğu söylenebilir. Zira, hüküm erteleme süresinin sonunda belirtilen şartlarla suç işlenmemiş olması durumunda hükmü tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte ortadan kaldırmakta, hiçbir suç işlenmemiş durumuna getirmekteydi. Oysa bu günkü durum yukarıda belirtildiği biçimde tamamen farklı bir hâl almış ve ertelemenin sonunda, hapis cezasını içeren hüküm, infaz edilmiş sayılmaktadır.

süresi içerisinde, hükümlünün, uymakla zorunlu kılındığı tedbirler (TCK m. 51/4) arasındaki en önemli farklardan biri de, bunların, infazı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Örneğin; TCK'nın 50. maddesi 1. fıkrası gereğince hükmolunan bir seçenek yaptırımın infazına başlandıktan sonra, TCK'nın 50/6. maddesi gereğince seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle, seçenek yaptırımın tekrar hapis cezasına çevrilmesi durumunda, seçenek yaptırımın infaz edilen kısmı, infazı lazım gelecek olan hapis cezasından mahsup edilecektir. Oysa, örneğin, TCK'nın 51. maddesi gereği hükmolunan hapis cezası ertelenmiş ve bu erteleme nedeniyle 3. fıkra gereği bir deneme süresi belirlenerek, ayrıca 4. fıkra gereği de ayrıca bir tedbire (mesela; bir meslek veya sanat sahibi olmayan bir hükümlünün, bu amaçla, bir eğitim programına devam etmesine, veya bir kamu kurumunda ücret karşılığı çalıştırılmasına, veya bir eğitim kurumuna devam etmesine) karar verilmiş, ancak, hükümlünün denetim süresi içinde, kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hakim uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın, kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine TCK'nın 51/7. maddesi gereğince karar verildiğinde, 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. Yoksa, erteleme süresi içerisinde hükmolunan tedbirinin ne kadarının yerine getirildiği araştırılarak, bu miktarın, hapis cezasından mahsup edilmesine imkân yoktur ki, aksine bir uygulama hükümlünün aleyhine sonuç doğurur. Zira, hapis cezasının ertelenmiş olmasına rağmen, mesela tedbirin infazına daha geç bir zaman da başlanılmış olabilir.

Oysa, seçenek yaptırımlar bakımından durum farklıdır. Çünkü, seçenek yaptırımın infaz edilen kısmının, hükmolunan hapis cezasından mahsub edilmesi sırasında, tamamen seçenek yaptırımın infaz edilen kısmına bakılacaktır. Hükmolunan hapis cezası ile seçenek yaptırım arasındaki oran korunmak suretiyle, infaz edilen seçenek yaptırımın tamamı göz önüne alınarak, hapis cezasından mahsup edilecektir. Oysa TCK'nın 51. maddesinde yazılı tedbir niteliğindeki yaptırımın, infaz edilen

kısının, mahsup bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bu da seçenek yaptırımın bir ceza olduğunu açıkça göstermektedir. 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 demektir²⁴⁵.

B. Seçenek Yaptırım ile Cezanın Ertelenmesinin Birlikte Uygulanması Meselesi

Burada açıklığı kavuşturulması gereken bir diğer husus da, TCK'nın 50. maddesini düzenleyen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi hükmü ile hapis cezasının ertelenmesini düzenleyen TCK'nın 51 maddesinin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir.

Esasen bu iki madde birlikte uygulanamaz. Bu husus Yargıtay'ın verdiği kararlar ile de açıklığı kavuşmuş bulunmaktadır²⁴⁶ ki, bu son derece yerindedir ve seçenek yaptırımın bir alternatif ceza olduğuna iyi bir delil teşkil etmektedir. Zira, TCK'nın 50. maddesine göre, kısa süreli hapis cezası, maddede yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrildikten sonra, asıl mahkûmiyet hükmü, belirtilen bu seçenek yaptırım olmaktadır. Bu durumdaki hapis cezası, sadece seçenek yaptırım öncesinde hükmolunan bir cezadır ve daha sonra hapis cezası seçenek yaptırıma çevrildiği için artık varlığını

²⁴⁵ Bu husus ileride ayrıntılı olara ele alınmıştır. Bknz: Seçenek Yaptırımın Değiştirilmesi ve Seçenek Yaptırımdan Dönülmesi.

²⁴⁶ “TCK'nın 50. ve 51. maddelerinin ikisinin birlikte uygulanma olanağı yoksa da bunlardan birinin uygulanmasının mümkün olabileceği”. 8.CD., 26.10.2005 gün 2892/10161; “TCK 51. maddesine göre sadece hapis cezalarının ertelenmesi mümkün olup, tedbire çevrilen cezaların ve para cezalarının ertelenmesinin mümkün olamayacağı gözetilmeden karar verilmesi yasaya aykırıdır.” 8.CD, 02.02.2007 gün, 626/818 (YALVAÇ, s. 385); “Her ne kadar birlikte uygulanma olasılıkları yok ise de; “5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesi uyarınca sanığa verilen kısa süreli hapis cezasının suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sırasında duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceğinin veya 51. maddeye göre yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate göre cezanın ertelenip ertelenmeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın silinme koşulları gerçekleşmiş sabıkalalarına dayanılarak yeterli gerekçeyle 50. ve 51. maddelerinin uygulanmayacağına karar verilmesi kanuna aykırıdır” 8.CD., 02.10.2006 gün 8033/7125 (EROL, Haydar, Türk Ceza Kanunu 1.Cilt, Yayın Matbaacılık, Ankara 2008, s. 687, aynı karar için bknz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1178; Benzer nitelikteki başka karar için bknz: 8.CD., 05.10.2006 gün 7913/7323 (EROL, TCK 1.Cilt, s.687).

korunmamaktadır. Oysa, TCK'nın 51. maddesine göre, ancak ve yalnızca hapis cezaları ertelenebilir. Hapis cezası dışında adli para cezası bir seçenek yaptırım olarak hükümlünse bile ertelenemez. Diğer seçenek yaptırımlar da ertelenmeye konu edilemez²⁴⁷. Seçenek yaptırıma karar verildikten sonra bunun infazı gerekir. Bunun infaz edilememesi durumunda ise ancak seçenek yaptırımın değiştirilmesine karar verilebilir (TCK m. 50/6). Kısa süreli bir hapis cezası, bir seçenek yaptırıma çevrilmemiş olması durumunda, 51. madde gereğince diğer şartların da var olması koşuluyla, ertelemeye konu edilebilir. Böyle bir durumda, kısa süreli hapis cezası ertelendiğinde, hakim deneme süresi belirleyerek deneme süresi içerisinde 51/4. maddesi gereğince bazı tedbirlerin (yükümlülüklerin) yerine getirilmesine de karar verebilecektir.

TCK m. 51'de ertelemeye konu olabilecek cezanın, açıkça, "hapis cezası" olarak belirtilmesi, aslında, seçenek yaptırımların, tecil kapsamı dışında tutulmasının istenilmesindendir. Bu, kanun koyucu tarafından kasıtlı olarak yapılmış ve böylece, seçenek yaptırımların da tecil kapsamına girip girmeyeceğinin tartışılmasına engel olunmak istenilmiştir. Zira, zaten güvenlik tedbirlerinin tecil kapsamı dışında kalacakları genel bir kabul görmektedir²⁴⁸.

²⁴⁷ "Hapis cezasının ertelenmesini düzenleyen 5237 Sayılı TCK'nın 51. maddesinde kısa süreli hapis cezası yerine tercih edilen seçenek yaptırımların da ertelenebileceğine dair bir hüküm bulunmadığı gözetilmeyerek sanığa tayin edilen bir ay hapis cezası yerine 15 gün süre ile sürücü belgesi kullanımı zorunlu vasıtaları kullanmaya yönelik etkinlikten yasaklanması yönündeki seçenek yaptırımın 51 madde uyarınca teciline karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu" 2. CD., 30.04.2007 gün, 4702/5919 (METİNER, Haydar/KOÇ, E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, II. Cilt, Madde: 37-75, s. 1534).

²⁴⁸ Bu tür yaptırımlar, esas olarak kişinin tehlikeli halinin, zararlı veya tehlikeli eşyanın ortadan kaldırılması için uygulanır. Bu şartlardan birinin mevcudiyeti halinde uygun vasıtanın uygulanması

İKİNCİ BÖLÜM
SEÇENEK YAPTIRIMIN
KOŞULLARI ve TÜRLERİ ile
SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETME ZORUNLULUĞU

§1. SEÇENEK YAPTIRIMIN KOŞULLARI

Seçenek yaptırımının koşulları ile kast edilen, her bir seçenek yaptırımının, tatbik edilmesi için aranacak şartlardır. Bunlar olmaksızın, seçenek yaptırıma hükmolunamaz.

Bu genel nitelikteki şartlar dışında, her bir seçenek yaptırım için, ayrıca belirtilmiş olan ve sadece o seçenek yaptırımı ilgilendiren koşul ve koşullar ise, her bir seçenek yaptırım ele alındığında, o seçenek yaptırımının koşul veya koşulları olarak ele alınmaktadır.

Genel nitelikteki bu koşullar, sanığa ve hapis cezasına ilişkin koşullar olmak üzere iki grupta toplanabilir. Bunlara bir üçüncü koşul eklenebilir. Bu koşul, usul hukukundan gelmektedir. Bu nedenle buna usul koşulu denilebilir ki, bu da, CMK'nın 231/7 maddesinde yer alan; "hükmün açıklanmasının geriye bırakılması" ile alakalıdır. Zira buna göre, açıklanması geriye bırakılan hükümden ertelenmiş hapis cezasına veya seçenek yaptırıma hükmolunmamış olması gerekmektedir. Bu nedenle, seçenek yaptırımının genel koşulları üç ana başlık altında incelenecektir.

Sanığa ilişkin koşullar, iki ana başlık altında ele alınabilir. Bunlardan birincisi, sanığın kusurlu olması diğeri ise sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, pişmanlığı ve suçu işlemedeki özelliklerdir.

Hapis cezasına ilişkin koşullar ise, hapis cezasının kısa süreli olması ile hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilebilir nitelikte olması başlıkları altında ele alınabilir.

I. SANIĞA İLİŞKİN KOŞULLAR

A. Saniğin Kusurlu Olması

Kesin olarak göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus, seçenek yaptırımın bir ceza olduğudur ve onun için ancak ve yalnızca, suç işlediği kesin olarak anlaşılan, kusurlu bir kimse hakkında, seçenek yaptırımlardan birine hükmolunabileceğidir.

Şahsın cezalandırılabilmesi için onun sorumlu olması, ceza hukuku bakımından ceza ehliyetinin bulunması ve suçun kendisine isnat edilebilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku bakımından ehliyetin var olması, failin serbest iradesi ile temyiz kudretinin bulunması demektir. Bu unsurlar faile yönelik olarak genel ve soyut olarak araştırılacaktır. Bir suçun bir şahsa isnat edilebilmesi demek şahsın fiili ile netice arasında maddi illiyet bağının bulunması yani neticenin onun fiilinden doğmuş olması ve o şahıs ile fiil arasında manevî sebebiyet bağının bulunması yani failin kusurunun bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar fail ile fiile ve neticeye yönelik olarak somut her olayda araştırılmak durumundadır²⁴⁹.

Oysa güvenlik tedbirlerinde, fail kusurlu olmasa da, yani o şahıs ile fiil arasında manevî sebebiyet alakasının bulunmaması halinde de, hakkında güvenlik tedbirine başvurulabilir. Güvenlik tedbiri ile seçenek yaptırım arasındaki en önemli farklılık kendisini burada gösterir. Örneğin, bir şahsın işlediği suçta kusurlu olduğu belirlenememiş ise, bu şahsa hapis cezası verilemez. Kendisine hapis cezası verilemeyen birine ise, doğrudan doğruya, mesela bir kamu kurumunda şahsın çalıştırılması kararı da verilemez. Böyle bir karar, kişi hak ve hürriyetini derinden yaralar. Şahsın kusurunu ortadan kaldıran bir sebep varsa ona ceza verilemez ve aleyhinde seçenek yaptırıma hükmolunamaz.

1946, s. 333-334, nakleden: ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 159)

B. Suçlunun Kişiliği, Sosyal ve Ekonomik Durumu ve Suçun İşlenilmesindeki Özellikler

Yargılama bakımından önemli olması nedeniyle, CMK'nın 191. maddesi 3. fıkrası (a) bendinde sanığın kişisel ve ekonomik durum hakkında, duruşmada, kendisinden ayrıntılı bilgi alınması gerektiği vurgulanmıştır. Suçlunun kişisel, sosyal ve ekonomik durumunu belirleyebilmek için, ailevî durumu, yaşam koşulları, sağlığı, kişilik yapısı, toplumsal konumu, geliri, öğrenim durumu, mesleği gibi hususların belirlenip değerlendirilmesi gerekir²⁵⁰.

TCK m. 50/1'de gösterilen, suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve sanığın suçu işlemesindeki özelliklere göre, hükmolunan kısa süreli hapis cezası, seçenek yaptırıma çevrilecek veya çevrilmeyecektir²⁵¹. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesine karar verilirse, bu ölçütler, aynı zamanda, hangi tür seçenek yaptırımın da seçilmesi gerektiği hususunda mahkemeye yol gösterecektir²⁵². Çünkü, seçenek yaptırımlardan birinin diğerine üstün tutulmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Seçenek yaptırımlar arasında bir hiyerarşi, bir öncelik olmadığına göre²⁵³, mahkeme, kanunda belirtilen bu sebepleri dikkate alarak, bir seçenek yaptırım belirleyecek, bunu takdir

²⁴⁹ TANER, s. 301.

²⁵⁰ METİNER/KOÇ, s. 1478.

²⁵¹ “5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesinde öngörülen nesnel ve öznel koşulları içermeyen ‘sanığın kusur oranı’ gerekçesine dayanılarak sanık hakkında tayin edilen cezanın paraya çevrilmemesi kanuna aykırıdır” 2. CD., 22.02.2007, 9904/2721 (METİNER/KOÇ, s. 1535).

²⁵² “Bu günkü çağdaş ceza hukukunda, hakim, kanunun suç saydığı iki cezadan birini benimsemek (seçimlik ceza), cezanın aşağı ve yukarı sınırları arasında bir cezayı tespit etmek ve bunu yaparken takdiri hafifletici sebepleri göz önünde tutmak imkân ve serbestisine sahip bulunmaktadır”. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 549. DÖNMEZER ve ERMAN burada, seçimlik cezayı, “kanunun suç karşılığı olarak tayin eylediği iki cezadan birini benimsemek” biçiminde anlamakta olduklarını göstermektedirler. Bu seçimlik cezadan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kanaatimizi desteklemektedir. Zira seçimlik ceza, bir cezanın yerine bir başka cezanın seçilmesi (konulması = ikame edilmesi = birinci cezanın yerini ikinci cezanın alması) demektir. Yoksa hapis cezası yerine güvenlik tedbirinin konulması anlamında değildir. Gerçekten de söz gelimi, TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek cezalar bakımından durum aynen böyledir. Hakim, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olarak ya “hapis” cezasını seçecek, yani, hapis cezasını olduğu gibi bırakacak, ya da bunu maddede yazılı olan, diğer bir seçimlik cezaya çevirebilecektir. Hakimin takdir hakkı, hapis cezası ile seçimlik cezalardan birini seçip uygulamak olduğu kadar, failin öznel durumunu göz önünde bulundurarak, seçimlik cezalardan hangisini uygulayacağını da kapsamaktadır.

²⁵³ Aynı doğrultuda görüş için bkz: ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 276: “Yeni TCK'da hapis cezaları ile buna seçenek diğer yaptırımlar arasında herhangi bir öncelik koşulu öngörülüş değildir”.

edecek ve fakat bunu neden seçtiğini de karar yerinde gerekçesi ile birlikte açıklayacaktır²⁵⁴. Çünkü, 765 Sayılı TCK uygulamasında olduğu gibi, bu husustaki takdir yetkisinin kullanılmasını Yargıtay denetlemektedir²⁵⁵.

Seçenek yaptırımların birer ceza olduğunun önemli bir kanıtı da aslında getirilen bu sebeplerdir (kriterlerdir). Çünkü, aslında TCK'nın 50. maddesinde yazılı bu sebepler takdiri indirim nedenlerini gösteren 62. maddede yazılı olan sebeplere benzemektedir. TCK'nın 61. maddesinde yazılı olan cezanın belirlenmesi için esas alınacak kriterler ile TCK m. 50/1'de yer alan "suçun işlenilmesindeki özellikler benzer görünmektedir. Bu nedenle, bu her iki maddenin, TCK'nın 50. maddesi ile birlikte uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin tartışılması gerekir²⁵⁶.

Sanığın işlediği suçun karşılığı olarak hükmolunacak olan ceza belirlenirken, öncelikle hükmolunacak ceza türünün belirlenmesi gerekir²⁵⁷. Somut ceza saptanırken, kanunda, suçun karşılığı olarak tek bir ceza öngörülmüş ise bu, seçimlik bir ceza belirlenmiş ise (hapis veya para cezası) bunların içinden seçileni esas alınacak, daha sonra, temel cezanın miktarı belirlenecek ve cezayı etkileyen haller varsa bunlar uygulanacaktır²⁵⁸. Buna göre, temel cezanın seçilmesinde ve temel cezanın miktarının

²⁵⁴ Hâkim çevirme konusundaki takdir hakkını kullanırken "suçlunun kişiliğini, sosyal ve ekonomik durumunu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun işlenilmesindeki özellikleri" göz önünde bulundurmak, yaptığı işlemin haklı gerekçelerini karar yerinde göstermek zorundadır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 977.

²⁵⁵ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 277; "Kusur oranını azaltmak amacıyla dosya kapsamı ile uyum sağlamayan açıklamalarda bulunan, olaydan sonra olay yerinden ayrılıp üzücü sonuçları ortadan kaldıracak bir caba sarf etmeyen sanığın dosyaya yansıyan bu olumsuz kişiliği nazara alınmadan soyut ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle hapis cezasının para cezasına çevrilmesi kanuna aykırıdır" 9. CD., 20.01.2007 gün, 6040/486 (METİNER/KOÇ, s. 1537).

²⁵⁶ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82.

²⁵⁷ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 272; Somut cezanın tespit edilmesi sırasında farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. Nitekim, yasa koyucu, suçun karşılığı olarak iki çeşit yaptırım mesela hürriyeti bağlayıcı ceza ile adli parası gibi iki yaptırım belirlemiş ve hâkime bunlardan birini tercih imkânı tanımış olabilir ki bu ihtimalde seçenekli cezadan söz edilmektedir. Örneğin; kasten yaralamaya ilişkin TCK'nın 86 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yaptırım bu biçimde saptanmıştır. Kuşkusuz, hâkim tercihini hangi cezadan yana kullanmış ise bunun haklı gerekçelerini karar yerinde göstermek durumundadır. Bazı hallerde ise bir cezayı başka bir cezaya çevirmek söz konusu olabilmektedir ki mesela 5237 Sayılı TCK'nın 50 nci maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar bu niteliktedir. Burada da hâkim çevirme konusundaki takdir hakkını kullanırken "suçlunun kişiliğini, sosyal ve ekonomik durumunu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun işlenilmesindeki özellikleri" göz önünde bulundurmak, yaptığı işlemin haklı gerekçelerini karar yerinde göstermek zorundadır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 977.

²⁵⁸ İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun R./ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih/ÜNVER, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s. 154

belirlenmesinde mahkemeye yol gösterecek olan yasa maddesi TCK'nın 61. maddesi olmaktadır. Bu maddenin uygulanmasından sonra takdiri indirim sebepleri varsa bu nedenler TCK'nın 62. maddesi gereğince uygulanacak ve nihai bir ceza bulunacaktır. Bulunan nihai cezanın, kısa süreli hapis cezası olması (bir yıl veya daha az) durumunda, bu defa TCK'nın 50. maddesi uygulanacaktır. Ancak, TCK 50. madde ile TCK 62. madde neredeyse aynı sebepleri göstermekte olduğundan, TCK'nın 61 maddesinde sayılanların ise yine TCK'nın 50/1. maddesinde yer alan “suçun işlenilmesindeki” özelliklerle son derece benzer görünmesi nedeniyle; mahkeme, hürriyeti bağlayıcı cezayı belirlerken TCK'nın 61. maddesi gereğince kullandığı bir nedeni, takdiri indirim nedeni olarak TCK'nın 62. maddesinin kullanılmasında veya kullanılmamasında gerekçe olarak alamaz, bunu kullanamaz. Bundan sonra gerek 61. maddenin tatbikinde kullandığı ve gerekse TCK'nın 62. maddesinin tatbiki veya tatbik edilmemesi için kullandığı bir sebebi, TCK'nın 50. maddesinin tatbik edilmesi veya tatbik edilmemesi için kullanamayacaktır. Tabir caiz ise, mahkeme, TCK'nın 61., 62. ile 50. maddelerini uygularken, bu maddelerde yazılı sebepleri, bu sıralama ile kullanacak, ancak bir öncekinde kullandığı aynı nitelikteki bir sebebin adeta tükendiğini göz önünde bulundurarak, bir sonraki madde uygulamasında bu sebebi kullanamayacaktır²⁵⁹. Çünkü aynı neden, aynı işlemlerde iki kez (ya da birçok kez) göz önünde bulundurulamaz²⁶⁰. Bu nedenle, ancak, her iki maddede yazılı olan sebeplerden birbiri ile çakışmayan nedenleri göz önünde bulundurarak bu maddeleri uygulayacaktır²⁶¹.

²⁵⁹ Kanaatimizce, bu uygulama, bir sebebin kullanılarak tüketilmesi anlamında “sebeplerin tüketilmesi” olarak adlandırılabilir. Bir sebep, bir basamakta kullanılmış ise, artık bir diğer basamakta bu sebep var olsa bile kullanılamaz. Bu ikinci veya üçüncü basamak için başka bir sebebe dayanılmalıdır. Çünkü, bu basamakta kullanılmak istenen aynı nitelikteki sebep bir önceki basamakta ve ondan da önceki basamakta kullanılmış demektir.

²⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82.

²⁶¹ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82;

Bunun yanı sıra ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE ise, “..çevirme sırasında hakimnin esas alacağı bazı kriterler, takdiri hafifletici sebep için de gerekçe oluşturabilir mi? Örneğin, sanığın pişmanlığı hem takdiri hafifletici sebebin uygulanması, hem de çevirme için gerekçe oluşturabilir mi? Kanımızca buna engel bir durum yoktur” demekle aksi görüşte olduklarını ifade etmektedirler. ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 548.

1. Suçlunun Kişiliği

Seçenek yaptırımlardan birine hükmedilebilmesi için, 50/1. maddesi gereğince, suçlunun kişiliğinin buna uygun olması gerekir.

647 Sayılı Kanun 4/1. maddesinde bu şart; “suçlunun kişiliği, sair halleri ve suçun işlenilmesindeki özellikler” olarak öngörülmekteydi.

Yargıtay, 647 Sayılı CİHK’nın uygulanması ile ilgili olarak verdiği kararlarında, “sanığın kişiliği ve sair hallerinden” ne anlaşılması gerektiğini belirlerken, bunu; “yargılamadaki davranışları, medeni durumu, işi, sosyal çevresi” olarak saptamıştı²⁶². Yargıtay tarafından belirlenen bu sebeplerin hemen hemen hepsi, TCK 50. madde 1. fıkrada zikredilmektedir. Örneğin; “sosyal ve ekonomik durumu” medeni durumu, işi ve sosyal çevresini kapsar niteliktedir²⁶³.

Kısa süreli hapis cezası yerine, seçenek yaptırımlardan birine hükmetme, kural olarak, mahkemenin takdirinde olan bir husustur. Nitekim, Anayasa mahkemesinin de buna ilişkin kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine ilişkin düzenlemenin sanığa bahşedilmiş bir hak olmadığına, bunun tamamen mahkemenin takdir yetkisi içerisinde olduğuna ve fakat belirtilen kriterlere göre kullanılması gerektiğine karar vermiştir²⁶⁴.

Mahkemenin, bu konudaki takdir yetkisi esas itibariyle iki husustan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi, hakkında hapis cezası verdiği failin cezasının,

²⁶² “Sanığın kişiliğinden ve sair hallerinden maksat; sabıkasının bulunup bulunmadığı, medeni hali, işi, muhitindeki durumu, duruşmadaki tutum ve davranışları, mahkemeye karşı tavrıdır...” CGK, 02.03.2004 gün, 8-39/56 (KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2004, s. 895-896), ÇINAR, s. 39; “Kayden sabıkasız olup, akademik unvana sahip bir müsteşar olarak görev yapan, yargılama aşamasında da dosyaya yansıyan herhangi bir olumsuz davranışı saptanmayan sanık hakkında, kişiliği, şahsî ve sosyal durumu, suçu işleyiş biçimi, suç tarihinde sabıkasız oluşu ve suç işleme hususundaki eğilimi ile birlikte değerlendirilerek, verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya çevrilip ertelenmesinde, isabetsizlik bulunmamaktadır” CGK., 27.02.2007 gün, 256/52 (ŞİRİN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ/ÖZDEMİR/EREL, s.134-136).

²⁶³ Bunun yanı sıra ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, tarafından, “Sanığın ahlakî eğilimlerinin çevirmede dikkate alınmaması gerektiği” savunulmuştur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.546.

²⁶⁴ Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilmesi sanık yönünden bir hak olmayıp, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mahkemenin takdir yetkisindedir.” AY Mah.’nin 19.02.2009 gün ve 107/28 Sayılı Kararı.

seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme²⁶⁵ ve ikincisi ise, seçenek yaptırıma çevirmeye karar verdikten sonra, hangi seçenek yaptırımı uygulayacağını belirlemektir²⁶⁶.

Kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına veya seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi, kural olarak, sanığın istemine bağlı değildir. Yargıtay'ın, suçlunun bunu talep etmesi durumunda, bu talep hakkında bir karar verilmesini zorunlu gördüğü, birçok kararı vardır²⁶⁷.

Bunun dışında, Yargıtay, “yaptırımların bireyselleştirilmesi zorunluluğu nedeniyle”, sanığın, bunu talep etmemesi durumunda da, mahkemenin hükmettiği kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme konusunda, mutlaka bir karar vermesi gerektiğini belirtmektedir²⁶⁸.

²⁶⁵ Hakim burada cezanın para cezası veya yaptırıma çevirip çevirmeme hususunda takdir hakkı vardır. Madde 50/1'de ‘çevrilebilir’ ibaresi yer aldığından, hâkim, kısa süreli hapis cezasını 50. maddede öngörülen yaptırımlardan (adli para cezası, tedbirler) birine çevirmek zorunda değildir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 866; Aynı doğrultuda görüş için bkz: YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, (Açıklamalar–Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.132; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 546.

²⁶⁶ ÖZGENÇ, burada mahkemenin yapacağı ikinci seçimin “fail hakkında adli para cezası mı yoksa güvenlik tedbirine mi hükmedeceğini takdir etmek” biçiminde belirlemektedir. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 593. Benzer ifade için bkz: ÖZGENÇ, Gazi Şerhi-Genel Hükümler s. 638.

²⁶⁷“ sanık 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanmasını istemiş olduğuna ve bozma ile ilk hüküm ortadan kalkmış olmasına göre son kurulan hükümde bu hususun tartışılması gerekir...” (CGK. 11.11.1997, 2-274/232, KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan / YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996 – Temmuz 2001, Ankara 2001, s. 1030) ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 71; “Sanık veya müdafinin hapis cezasının adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi talebinde bulunması halinde, bu istem hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekmektedir” 9 CD., 15.11.2007 gün 2007/8315, 5. CD., 20.09.2006 gün, 2006/7076 (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.384); Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz: 10.CD., 09.11.2005 gün, 9860/14743; 4. CD., 04.12.2006 gün, 7011/17131 (MERAM, s. 255), ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 869, dp.120; 10. CD., 12.10.2005 gün 8822/12711; 9.CD., 19.06.2006 gün, 2482/3462; CGK, 20.11.2007 gün, 241/243 (YALVAÇ, s. 371-372); 9.CD, 18.09.2007 gün, 1154/6435 (YALVAÇ, s. 381); 9.CD, 03.2006 gün, 2597/4975; CGK., 20.11.2007 gün, 241/243 (ŞİRİN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ/ÖZDEMİR/EREL, s. 127 -128).

²⁶⁸“Suçluya ızdırap vermek amacını güden yaptırımların, toplumsal çıkarlarla bağdaşmayacağı anlaşıldığından bu yaptırımlar sistemi yerini suçlunun ıslahı ile birlikte toplumun da korunmasını öngören karma nitelikteki yaptırımlara bırakmıştır. Suçlunun kişiliğine uygun önlemlerin uygulanması bazen ceza kavramının yanında yer almış, bazen de ceza kavramının yerini almıştır. Bu nedenle yaptırım belirlenirken suçlunun kişiliği, sair halleri, suçun işlenilmesindeki özellikler nazara alınmalı, madde yer alan özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi konusunda bir istek olmasa da yaptırımların kişiselleştirilmesi zorunluluğu karşısında bu husus üzerinde durulmalıdır...” CGK., 27.06.2000 2-136/146 (KABAN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ) ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 71; ÇINAR, 40-41; METİNER/KOÇ, s. 1513-1516; Aynı karar için ayrıca bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 547, dp. 25.

Yargıtay, ayrıca, “Sanığa tayin edilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, para cezasına çevrilip çevrilmeyeceği hususunda karar verirken, gösterilen gerekçenin soruşturma aşamasında izlenilen, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir veya suçun işlenilmesindeki özellikleri açıklar biçimde geçerli, yeterli ve yasal olmasını istemektedir²⁶⁹ .

2. Suçlunun Sosyal ve Ekonomik Durumu

Suçlunun ekonomik durumu, TCK’nın 61. maddesinde temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak ifade edilmediği halde, cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesinde açıkça zikredilmiştir²⁷⁰ .

Suçlunun sosyal ve ekonomik durumu, hükmolunacak hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan birine hükmolunmasına uygun olmalıdır. Örneğin, işlediği bir suç nedeniyle, hükmolunacak kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, mesela, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iadesine veya suçtan önceki hale getirilmesine veya tazmin suretiyle giderilmesine (TCK m. 50/1-b) karar verilmesi, sanığın çok daha büyük bir mağduriyetine sebebiyet verecek ise, bu seçenek yaptırıma başvurulmaması gerekecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, suçlunun zayıf olan ekonomik durumunun TCK’nın 50/1 (a) maddesinin uygulanmamasına gerekçe gösterilmesini haklı gördüğünü ifade etmiştir. Buna göre; tedbirsizlik sonucu ölüme

²⁶⁹ “Yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile 5237 Sayılı Yasanın 50 ve 51 inci maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi ...yasaya aykırıdır” 8 CD, 04.10.2006 gün 1100/7232 (MERAM, s. 256), ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 870 dp. 123; “Kişiliğin yansıması olan ‘yargılama sürecindeki davranışlar’ lehe değerlendirilerek takdiri indirim nedeni kabul edildiği halde. Sanığın kişiliğindeki olumsuzluğun neler olduğu açıklanıp tartışılmadan ‘kişiliği’ gerekçe gösterilerek çelişkiye düşülmek suretiyle 5237 Sayılı TCK’nın 50 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...yasaya aykırıdır.” 8. CD., 10.07.2006 gün 3756/6285 (MERAM, s. 256), ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 870 dp. 123; Aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s.1547; Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz: 9. CD., 26.11.2007 gün, 3301/8576 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1163); 10. CD., 19.04.2004 gün, 124/4467 (PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 355); 7. CD., 26.02.2004 gün, 11261/2655 (PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 355); 7. CD., 20.12.1991 gün, 8772/14867 (MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996, s. 108); CGK, 20.12.1993, 1993/10-290 Esas, 1993/327 Karar (YKD, Haziran 1994, s. 979 vd.) ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 593-594, dp.51. ; aynı karar için bkz: ÖZGENÇ, Gazi Şerhi-Genel Hükümler, s. 638; 4. CD, 07.11.2007 gün, 4763/9001 (YALVAÇ, s. 379), aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1173; 2. CD., 22.11.2007 gün, 12829/15584 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1172).

sebebiyet vermek suçundan sanığa hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince paraya çevrilmesi durumunda, bu seçenek yaptırımın taksitler halinde ödenmesi halinde bile, sanığın aylık gelirin buna yeterli olmayacağı, bu nedenle, hapis cezasının, bu seçenek yaptırıma çevrilmesi yerine, ertelenmiş olmasını haklı görmüştür²⁷¹.

Seçenek yaptırımın, başlangıçta, suçlunun sosyal durumuna uygun seçilmemesi, bazen, yaptırımın değiştirilmesini zorunlu kılabilir. Örneğin; başlangıçta, suçlunun eğitim durumu veya okur yazar olup olmadığı hususu dikkate alınmadan, bir meslek veya sanat edinmesi için eğitim kurumuna devam etmek seçenek yaptırımına hükmolunması durumunda, bu, infaz edilemeyeceğinden, bunun değiştirilmesi zarureti ortaya çıkabilir²⁷².

3. Suçlunun Yargılama Sürecinde Duyduğu Pişmanlık

TCK m. 50/1 gereğince, hapis cezası yerine, maddede yazılı seçenek yaptırımlardan birine hükmolunabilmesi veya hükmolunan seçenek yaptırımını süresi ve şartlarının tespit edilmesi, bir bakıma suçlunun yargılama sürecinde gösterdiği

²⁷⁰ İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 181.

²⁷¹ “Yasa koyucu cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin olarak cezanın ertelenmesi ya da seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi konusunda bir öncelik sıralaması belirlememiş, gözetilecek ölçütleri göstermekle yetinerek hangisinin uygulanacağı hususunu hakimın takdirine bırakmıştır. Cezanın kişiselleştirilmesinde hâkim sanığın durumunu dosyadaki bilgi ve belgelerle ya da duruşmada edindiği izlenime göre değerlendirerek ve bu kurumlardan hangisini uygulanacağını ya da uygulanmasının gerekmediğini yasada öngörülen ölçütlere göre takdir edecektir. Somut olayda sanık hakkında belirlenen özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırı olan 20 TL üzerinden paraya çevrilmesi halinde 12.100 TL adli para cezasına dönüşeceği, TCK 52. maddesi uyarınca taksitler halinde alınmasına karar verilse dahi aylık taksit miktarının 500 TL nin üzerinde olacağı açıktır. Yerel mahkemece sanığın aylık 200 TL gelirin olduğu, biri lisede okuyan 4 çocuğunun bulunduğu gözetilerek, sanığın ekonomik durumu itibarıyla adli para cezasını ödeyemeyeceği kanaatine varıldığı anlaşılmaktadır. Adli para cezasına çevrilen cezanın süresinde ödenmemesi halinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüştürülerek infaz edileceği yasanın emredici bir kuralıdır. Sabıkası olmayan sanığın özgürlüğü bağlayıcı cezasının ertelenmesine karar verilmesi yasaya uygundur” CGK, 02.102007, 9-160/192.

²⁷² “Hırsızlık suçundan sanık hakkında hükmolunan 5 ay 18 gün netice cezanın, TCK 50/1 (c) maddesi gereğince 2 yıl süreyle meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etmesi tedbirine çevrilmiş ise de, hükümlünün okur yazar olmadığı ve bu nedenle meslek edindirme kurslarına devam edemeyeceği anlaşılmış olmakla, verilen hapis cezasının TCK 50/7 maddesi gereğince, hükümlünün küçük olan yaşına rağmen hurdacılık yapmasının bu suçu işlemesinde etken olduğu kanaatine varıldığından TCK 50/1 (d) maddesi gereğince 3 ay süreyle hurdacılık yapmaktan yasaklanması tedbirine çevrilmesine” İskenderun Çocuk M., 19.03.2009 gün, müteferrik 27 Sayılı Kararı.

pişmanlığı göre belirlenecektir. Böylece, TCK, pişmanlığa, yargılama sırasında da, bir sonuç bağlamış, suç sonrası pişmanlık, cezada bir indirim sebebi veya cezasızlık sebebi oluştururken, yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık, bir seçenek yaptırıma çevirme sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır²⁷³. TCK'nın 50. maddesi gerekçesinde “belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmak, cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir” denilmektedir.

Yargılama süreci ibaresi, bu konu bakımından, kanaatimizce, çok belirgin ve somut bir içerikten yoksun olmakla birlikte, bunun, sadece kovuşturma değil, soruşturma evresini de kapsar nitelikte ve sanık yararına düşünülmesi gerekir²⁷⁴. Yargıtay, verdiği kararında, yargılama sürecinde pişman olduğu gözlemlenen sanığın cezasının, 50. madde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmemiş olmasını, bozma nedeni olarak kabul etmektedir²⁷⁵. Burada, dikkat çekici olan husus, duyulan pişmanlığın, yargılama sürecinde gösterilen bir pişmanlık olmasıdır. Yoksa, sanığın suçun işlenilmesinden hemen sonra, pişman olup olmaması veya bu hususu dile getirmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır²⁷⁶. Bunun yanı sıra, pişmanlık gösterilmesi istenilen zaman dilimi olan yargılama süreci içerisinde, sanığın suçluluğu henüz kesinleşmiş değildir. Bir başka anlatımla bu dönemde ve bundan önceki soruşturma evresinde de suç işlediği iddia edilen şüpheli veya dava açıldıktan sonra sanık olarak isimlendirilen kimse, ceza hukukunun en önemli ilkesi olan “masumiyet karinesinden” istifade etmektedir. Kanun, bu durumda, masumiyet karinesinden istifade eden birinin, yargılama sırasında pişmanlık gösterip göstermediği ile ilgilenmekte, bu sırada pişmanlık gösteren birine seçenek yaptırımın uygulanması, pişmanlık göstermeyene ise uygulanmamasını istemek suretiyle bunlar arasında bir ayırım yapmaktadır ki bu masumiyet karinesi ile bağdaşacak

²⁷³ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 547.

²⁷⁴ Benzer bir görüş için : “Bu ölçütü sadece kovuşturma süreci olarak algılamamak gerekir. Zira failin fiilinden sonra başlayıp hüküm aşamasına kadar gözlemlenen davranışları bir bütün olarak ele alınmalı ve suçlunun yaptığı eylemden dolayı pişmanlık duyup duymadığı sonucuna varılmalıdır” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 160.

²⁷⁵ “TCK 50. maddenin uygulanmamasına karar verilirken maddede yer alan sanıkların suçu işledikten sonra yargılama sürecindeki pişmanlıkları ile sosyal ve ekonomik durumlarının değerlendirme dışında bırakılması kanuna aykırıdır” 8. CD., 05.10.2006 gün, 7913/7323 (METİNER/ KOÇ, s. 1545).

²⁷⁶ Failin mağdurun zararını karşılaması, zararını azaltmaya çalışması gibi davranışları pişmanlık gösteren davranışlar olarak kabul edilebilir iken olay sonrasında mağduru tehdit etmesi failde pişmanlık olmadığını gösteren bir davranış olarak değerlendirilebilir. METİNER/KOÇ, s. 1478-1479.

bir durum değildir. Bu nedenle madde metninden, “yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa” ibaresinin çıkartılması gerekir²⁷⁷.

4. Suçun İşlenilmesindeki Özellikler

TCK’nın 50/1. maddesi gereğince, hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, “suçun işlenilmesindeki özelliklere göre” maddede yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilecek veya çevrilmeyecektir. Sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ile yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık irdelenip sonucuna göre TCK’nın 50. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekirken, bu konuda, yalnızca suçun işlenilmesindeki özelliklere dayanılarak, yani, yetersiz gerekçeyle seçenek yaptırımın uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilemez²⁷⁸.

Yargıtay, 647 Sayılı CİHK’nın uygulandığı dönem için, bu kanunun 4/1. maddesinde yazılı “suçun işlenilmesindeki özellikler” ibaresinin “sanığı suç işlemeye iten sebep ve saikler, kast ve taksirdeki yoğunluk, suçun işlenilmesinden sonraki davranışlar” olarak anlaşılması gerektiğini belirlemiştir²⁷⁹.

“Suçun işlenilmesindeki özellikler”, TCK’nın 61. maddesinde cezanın belirlenmesi için gösterilen sebeplere benzemektedir. Çünkü, TCK’nın 61/1. maddesine göre; hakim somut olayda, suçun işleniş biçimi, suçun işlenilmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önemi ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, ve failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak temel cezayı saptayacaktır.

Hafizoğulları ve *Özen*’e göre, TCK 50. maddede yer alan “suçun işlenilmesindeki özellikler”, suçun 61. madde sayılan özelliklerin dışında kalan

²⁷⁷ Sanığın sırf yargılama sürecindeki davranışına bağlı kalınması, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, susma hakkı gibi yargılama hukukundan gelen sanık haklarını ihlale yol açabilir. Bu nedenle, sanığın belirtilen haklarından birini kullanmış olması etkin pişmanlığın uygulanmaması sonucunu doğurmamalıdır. ÜNVER, Yener, “Deliler ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, Yıl:3, Sayı:32, İstanbul 2005; Masumiyet karinesinin benzer şekilde adli kontrol (CMK m.109 vd.) ile ilgili hükümlerde de ihlal edildiğine ilişkin görüş için bkz: ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.375-376.

²⁷⁸ 8. CD., 17.10.2006 gün, 2881/7617 (METİNER/KOÇ, s. 1545).

²⁷⁹ CGK, 02.03.2004, 8-39/56 (KABAN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ, Eylül 2004, s. 895-896) nakleden: ÇINAR, s. 39.

özellikleridir. Onlara göre, bunun aksi düşünülemez. Çünkü, isterse cezanın şahsileştirilmesi söz konusu olsun, bir neden iki kez değil, ancak bir kez göz önüne alınabilir²⁸⁰.

Öncelikle bu görüşün “bir neden iki kez değil, ancak bir kez göz önüne alınabilir” kısmına katılıyoruz. Çünkü, bir sebep (neden) bir basamakta kullanılmış ise bu sebep artık tükenmiştir. Kendisinden sonra gelecek olan bir basamakta kullanılamaz²⁸¹. Bu nedenle, aynı ve bir tek sebep bildiren iki madde ard arda kullanılamaz. Başka sebep içeren bir maddenin uygulanması gerekir. Ayrıca 50. maddenin tatbik edilebilmesi bakımından, “suçun işlenilmesindeki özellik” olarak 61. maddede yazılı olmayan bir sebep varsa, bunun, 50. maddeyi uygulamak veya uygulamamak konusunda gerekçe yapılabileceğinden kuşku duyulamaz. Yani bir başka özellik varsa, bu kullanılacaktır. Ancak, TCK 61. madde dikkate alındığında, bir suçun işlenilmesinde özellik olarak belirtilebilecek ne varsa, neredeyse hepsi sayılmış, adeta bir başka sebep bırakılmamış gözükmemektedir. Bu nedenle, hakim, suçun işlenilmesinde bu sebepler dışında bir sebep bulup, bunu, TCK’nın 50. maddesine uygulama veya uygulamama gerekçesi yapması neredeyse imkansız gibi görünmektedir. Kaldı ki, mahkeme, 61 maddeyi uygularken, bu yazılı sebeplerden birini veya bir kaçını kullanmış olabilir. Mahkemenin kullanmadığı diğer bir sebebi TCK’nın 50. maddesinin tatbikinde veya tatbik edilmemesinde kullanması kanaatimizce mümkün görülmelidir. Zira, bu kullanılmayan sebep, her ne kadar tatbiki yapılan önceki maddede yazılı ise de, o maddenin tatbiki sırasında bu sebep kullanılmamış olmakla tükenmemiştir, kullanılabilir. Örneğin; suçun gece yarısı işlenmiş olması, suçun özel unsuru değilse (TCK m. 61/3) ve bu temel cezanın saptanmasında cezanın kanunda yazılı asgari haddinden ayrılmak ve daha fazla bir temel ceza belirlemek için, temel ceza belirlenirken, yani TCK 61/1. madde tatbik edilirken, bir gerekçe olarak kullanılmış ise, daha sonraki basamakta, mesela, takdiri indirim sebebinin uygulanmamasında, yani TCK’nın 62. maddesinin uygulanmamasında gerekçe yapılamayacağı gibi, TCK’nın 50. maddesinin tatbiki sırasında, bu maddenin uygulanmamasına veya uygulanmasına yani,

²⁸⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 477; Benzer ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 83.

²⁸¹ Biz, buna, “sebeplerin tüketilmesi” diyoruz.

bir seçenek yaptırımın belirlenmesine de gerekçe olarak kullanılamaz. Çünkü, sebep, temel ceza saptanırken kullanılmıştır, bu sebep kullanılarak tüketilmiştir. Başka sebep aranması gerekir. Bu sebep, hiç kullanılmamış olmak kaydıyla, suçun işlenilmesindeki özelliklerden bir başkası, mesela, suçun işlendiği yer bile (TCK m. 61/1-c) olabilir. Çünkü bu da her ne kadar 61. maddede düzenlenmiş ise de, aynı zamanda TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı “suçun işlenilmesindeki özelliklerden” biridir. Aksi bir düşünce, 50. maddenin birçok bakımdan uygulanmasını güçleştirir ve bizi garip sonuçlara götürebilir. Örneğin, bu düşünce kabul edilecek olursa; ateşli bir futbol tutkunu kimsenin, hakeme karşı işlediği bir suçundan dolayı, kendisine verilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, TCK'nın 50/1 (d) maddesi gereğince, “stadyuma gitmekten yasaklanması” seçenek yaptırımına çevrilemeyecek demektir. Çünkü stadyum, suçun işlendiği yer olarak TCK m. 60/1(c)'de zikredilmiştir. Böyle bir düşünceye katılmıyoruz. Çünkü esas itibarıyla her suçun işlendiği bir yer olacaktır. Önemli olan “suçun işlendiği” yer sebebinin önceki basamakta kullanılıp kullanılmadığıdır. Bu nedenle, verilen örnekte, suçun stadyumda işlenmiş olması, temel ceza belirlenirken kendisine doğrudan doğruya dayanak yapılan bir sebep olarak gösterilmemiş ise ve ayrıca bu sebep takdiri indirim sebebi olarak TCK 62. maddeye gerekçe de yapılmamış olmak koşuluyla, “suçun işlendiği özellik” olarak TCK 50. maddede kullanılabilir ve bu gerekçeyle aynı maddenin (d) bendi gereğince kısa süreli hapis cezasının stadyuma gitmekten yasaklanması seçenek yaptırımının gerekçesi olabilir²⁸². Nitekim çok açık bir biçimde belli olmasa da, Yargıtay verdiği bir kararında, TCK'nın 62. maddesi ile 50. maddesinin birlikte uygulanabileceği izlenimi vermektedir²⁸³. Yargıtay verdiği birçok kararında,

²⁸² Kanaatimizce, buradaki karmaşaya yol açan durum, esas olarak TCK'nın 61. maddesindeki bir eksiklikten kaynaklanmaktadır. Çünkü 61/3. maddesine göre; “Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsuru oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz”. Bu hususların, suçun unsuru olmasının yanı sıra, ayrıca, cezanın saptanmasında ölçüt olarak getirilmiş ise, ne olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle, 61. madde gibi genel nitelikte bir düzenleme varken, ayrıca seçenek yaptırımın belirlenmesi için “suçun işlenilmesindeki” özellikler gibi geniş bir ölçüt getirilmesi doğru olmamıştır. Örneğin, TCK'nın 50. maddesindeki bu ibare çıkartılsa bile, bu bir eksikliğe sebebiyet vermez. Çünkü, cezaların belirlenmesine, saptanmasına ilişkin kriter, yani 61. madde, cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesinde de, ölçüt olarak, kullanılabilir. Bu kadar fazla ve birbirini kapsayacak genişlikte kriterler getirilmesinin, doğru olmadığı kanaatindeyiz.

²⁸³ “Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren ve sanık leyhine olan 5237 Sayılı TCK'nın 292/1., 62. maddeleri uygulandığı halde, hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen aynı Yasanın 50. maddesine göre, sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenilmesindeki özellikler, kararda irdelenip değerlendirilmeden, 647 Sayılı Yasanın 4. maddesindeki

ayrıca, TCK 61. madde yer alan sebepler ile suçun işlenilmesindeki özelliklerin değerlendirilmesinde paralel bir bakış açısının olması gerektiğine, bir başka anlatımla, bunlardan birinci için olumlu bir kanaat belirtilerek cezanın mesela asgari haddten tayin edilmesinden sonra, suçun işlenilmesindeki özelliklerin bu defa aleyhe değerlendirilmesinin doğru olmayacağına böyle bir uygulamanın takdirde hata olarak değerlendirileceğine dair kararlar vermektedir²⁸⁴.

II. HAPİS CEZASINA İLİŞKİN KOŞULLAR

Seçenek yaptırıma hükmetmenin genel koşulları incelenirken ikinci koşul konumundaki hapis cezasına ilişkin koşullar ele alınmadan önce genel olarak hapis cezası incelenmelidir. Zira, aleyhine ileri sürülmüş görüşlere nazaran hapis cezası halen kendisine en çok başvurulmuş bir cezalandırma biçimi olarak varlığını sürdürmektedir. Seçenek yaptırımların kabul edilmesindeki en büyük sebeplerden biri de, hiç kuşkusuz, bu cezanın, aleyhine ileri sürülmüş görüşlerdir denilebilir.

A. Genel Olarak Hapis Cezası

Suç karşılığında uygulanacak yaptırım, önce kendisini şahsî öç alma biçiminde göstermiş, daha sonra bunun yerini kısas ve daha sonra ise diyet almıştır²⁸⁵. Buna karşın, suç karşılığında, hapis cezası verilmesi, ancak, toplumların, yerleşik düzene geçmelerinden sonra mümkün olmuş, göçebe olan toplumlarda sürekli hapishaneler

hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır.”8. CD, 15.03.2007 gün, 5106/2079 (YALVAÇ, s. 384).

²⁸⁴ “Suçun işleniş şekli sebep ve saiki olumlu değerlendirilerek asgari haddten ceza tayin edildiği halde, suçun niteliği ve işlenilmesindeki özellikler aleyhte gerekçe gösterilerek tayin olunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verilmek suretiyle gösterilen gerekçelerde çelişkiye düşülmesi yasaya aykırıdır “ 2.CD, 20.09.2007 gün, 7071/11603 (YALVAÇ, s. 380); “Suçun işleniş şekli nazara alınarak (TCK m. 61) sanığa asgari haddten ceza tayin edildiği halde, aynı gerekçe ile tayin olunan hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır” 2.CD, 02.05.2007 gün, 2470/6165 (YALVAÇ, s. 383); “Suçun işleniş biçimi olumlu değerlendirilerek, sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan tayin edildiği halde, aynı gerekçe ile TCK’nın 50. maddesinin uygulanmaması suretiyle, gerekçede çelişkiye düşülmüştür” 5. CD., 05.02.2007gün, 12745/594 (METİNER/KOÇ, s. 1536).

²⁸⁵ ZAFER, s. 14.

kurulmamış, hapis cezası, on gün gibi çok kısa süreler için verilmiş olup, küçük bazı suçlarda ise, ceza, sanığın dövülmesi şeklinde infaz edilmiştir²⁸⁶.

Eski toplumlarda, hapis, ancak suçlunun tutulması işlemini yerine getirmiştir²⁸⁷. Örneğin, Roma Hukukunda, sadece, kölelerin hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmuş, bu cezanın infazı ise, cezaevinde değil, suçlunun, bir işyerinde çalıştırılması şeklinde yerine getirilmiştir. Hakimin ölüm cezasını infaz etmediği durumlarda ise, mahkumun, bir ömür boyu hapiste kalması söz konusu olabilmıştır²⁸⁸.

Hapis cezaları, 15. yüzyılda bütün Avrupa’da hafif suçlara, zabıta düzen ve aykırılıklarına uygulanan müeyyide olarak kendisini göstermiş²⁸⁹, ilk hapishanenin ise 1588 yılında Hollanda’da, Amsterdam Ceza Mahkemesi Jürisinin, 16 yaşından küçük bir hırsızın, ölüm cezası yerine, devlet tarafından iyileştirilmesi gerektiği yönünde verdiği bir karar üzerine, 1595 yılında, Şehir Meclisinin, Klarisen Manastırının bir kısmının çalışma ve iyileştirme kurumu olarak düzenlenmesine karar vermesi ile kurulduğu kabul edilmiştir²⁹⁰.

Hapis cezasının, cezalandırma sisteminin esası haline gelmesi, Fransız İhtilâli ile birlikte, özgürlüğün insan için paha biçilemez bir değer olduğunun anlaşılmasıyla gerçekleşmiştir²⁹¹. Hürriyeti bağlayıcı cezaların, genel önleme yönünden yeterli derecede etkin oldukları, zira, hürriyetini kaybetme korkusunun insanı suç işlemekten

²⁸⁶ ÜÇÖK, Çoşkun/MUMCU Ahmet, Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 455, Olgac Matbaası 1981, s. 15.

²⁸⁷ Hapis, önceleri sadece yargılama sırasında sanığın kaçmaması için uygulanan bir tedbir veya cezanın infaz edilebilmesi için her an hazır edilebilmesi bakımından kendisine başvuru olanak olarak değerlendirilmiştir. SOYASLAN, Doğan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, s. 45; DEMİRBAŞ, Timur, “Kara Avrupası Devletleri İnfaz sistemlerinde, İnsan Haklarının Gelişimi”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 182.

²⁸⁸ GÖKCEN, Cezanın Amacı, s. 52.

²⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 840; GÖKCEN, Cezanın Amacı, s. 54; SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 45.

²⁹⁰ Özellikle, yeteneksiz gençleri, çalışma yeteneği olduğu halde dilenenleri, serseri ve avare kimseleri, Allaha korkan, iyi birer insan olarak yetiştirmeyi amaçlayan ve erkeler için kurulan bu günkü anlamdaki bu ilk cezaevini, 1597 yılında kadınlar için kurulan Spinnhaus izlemiştir. DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi, s. 183; Buna karşılık, ilk hapishanenin, 1552 yılında, İngiltere’de Kral VI. Edward’ın emri ile, eski bir saray olan Bridevel’in, serseriler, dilenciler ve küçük hırsızların çalıştırılması için kurulan çalışma evi olduğu da dile getirilmiştir. DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi, s. 184.

²⁹¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 840; GÖKCEN, Cezanın Amacı, s. 54.

alıkoymuştu, bu gün de kabul gören bir görüş olarak değerlendirilmekte²⁹², bu nedenle, hapis cezası, hala en çok uygulanan ceza biçimi olarak varlığını sürdürmektedir²⁹³.

1. Hapis Cezasının Yararlı Olduğuna Dair Görüşler

Bu görüşlere göre; çağdaş infaz biliminin üzerinde en çok durduğu bir tür ceza olan hapis cezası, cezanın gayelerinin hemen bütünü en iyi şekilde gerçekleştiren, bu bağlamda, cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilen bir yaptırım ve araç olarak tanımlanabileceği gibi, aynı zamanda, gerçekten de kötü unsurları toplumdan soyutlayarak, iyi vatandaşların huzur ve esenliğini güvence altına almak ve bu suretle sosyal savunmayı sağlamak kadar, suç işlemeyi düşünenleri korkutmak ve böylece genel önleme amacını da gerçekleştirmek bakımından önemli fonksiyonları yerine getirmektedir²⁹⁴.

Bunun yanı sıra, suçlunun, infaz kurumuna belirli bir süreyle konulması, kişiliğine uygun bir iyileştirme rejiminin uygulanması koşuluyla, yeniden sosyalleşmesini teşvik etmekte, üretken, kanunlara ve nizamla ve toplum kurallarına saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu ve uslandırılmasını sağlamakta, bunun yanı sıra, cezanın, hükümlüyü, yoksunluklara uğraticı niteliği, hapis cezaları ile en üst seviyeye ulaşmaktadır²⁹⁵. Çünkü, hiç kuşku yok ki, bir şahsın sahip olabileceği en önemli hazinesi özgürlüğüdür ve hapis cezası şahsın özgürlüğünün elinden alınmasıdır.

²⁹² GÖKCEN, Cezanın Amacı, s. 52; Hapis cezası hakkında ayrıntılı bilgi için; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 619 vd.

²⁹³ Bunun yanı sıra İslam Hukukunun hapis cezasına bakış açısının diğer hukuk sistemlerinden oldukça farklı olduğu, diğer hukuk sistemlerinde en önemli ceza olan hapis cezasının İslam Hukuku içerisinde ancak ikinci derecede bir öneme sahip olduğu savunulmuştur. ÜDEH, Abdülkâdir, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, 2.Cilt, (Çeviren; Akif NURİ), s. 389-390; Aynı eser için bkz: 2.Cilt, II.Fasıl, http://www.darulkitap.com/fikih/cezavebeşerihukuk/cilt2-1/470_475.htm (erişim: 07.05.2008); Ayrıca, İslam Hukuku sistemi içerisinde hapis cezasının bulunmadığı bile dile getirilmiştir. DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi, s. 181;

²⁹⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 341; Hapis cezasının leyhindeki görüşler için bkz: DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 619.

²⁹⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 341.

2. Hapis Cezasının Yarar Sağlamadığı Yolundaki Görüşler

1777’de, *John Howard*’ın²⁹⁶, “İngiltere ve Galler’de Hapishane Devletleri” isimli çalışmasında, “hapishaneleri, lağım, suç okulu, genelev, kumarhane ve meyhane olarak tanımlamasından”²⁹⁷ bu ya, hapis cezasının aleyhinde birçok görüş ileri sürülmüştür. *Karls Krohne*, 1840 yılına kadar Almanya’da bulunan büyük küçük tüm cezaevlerini gezmiş ve izlenimlerini “Cezaevi İlmî” adlı eserinde toplamıştır. Bu kitapta, 19. yüzyıldaki cezaevlerinin durumunun, iki yüzyıl öncesindeki vahşilik ve ihmal edilmişlik ile özdeş olduğu vurgulanmıştır. Cezaevlerinin bu kötü durumu, *Diderot*, *d’Alembert*, *Helvtius*, *d’Holbach*, *Voltaire*, *Rousseau*, gibi birçok yazar ve filozof tarafından eleştirilmiş, *Beccaria* ise, hürriyeti bağlayıcı cezayı savunmakla birlikte hükümlüye insanî davranılması hususunda bazı asgari kuralların belirlenmesi gerektiğini savunmuştur²⁹⁸.

Hapis cezası aleyhindeki görüşlere göre; “Her ne kadar, tüm ceza yaptırımları, bazı hakların kullanılmasına mani olmak ve böylece şahsiyetin daralmasına sebebiyet vermekte ise de, şahsiyetin temeli olan hürriyeti ortadan kaldıran yegane ceza, hapis cezasıdır. Çünkü hürriyet yoksa insan da yok demektir. Bu nedenle hürriyeti tamamıyla ortadan kaldıran hapis cezası insanda hiçbir gayeye ulaşamaz”²⁹⁹

Hapis cezasının aleyhindeki diğer görüşlere göre³⁰⁰, hapis cezaların çeşitli ruhsal bunalımlara sebebiyet verdiği, hiçbir zaman şahsın iyileştirilmesine hizmet etmediği, cezaevinden ıslah olarak ayrılmanın ancak bir istisna olduğu, uzun zaman bir yere kapatılan kimsenin, sosyal hayata adapte olmakta güçlük çekeceği, bu nedenle, mümkün olduğunca, hapis cezasına daha az hükmetmenin gerekli olduğunu ifade edilmektedir³⁰¹.

²⁹⁶ John HOWARD’ın “Fikirleri ilk defa Amerika’da uygulama alanı bulmuş, 1778 yılında Fildelfiya’da kurulan Umumi Hapishanelerin Sefaletini Giderme Cemiyeti bu alanda önemli rol oynamıştır” GÖKCEN, Cezanın Amacı, s. 54.

²⁹⁷ SCHÖCH, Heinz, “Denetimli Serbestlik Yardımı ve İnsancıl Ceza Yargısı”, (Çev.: Pınar BACAŞIZ), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), s. 375.

²⁹⁸ DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi, s. 185.

²⁹⁹ EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, Adil Yayınevi, 10. Bası, Ankara, 1997, s. 331.

³⁰⁰ Hapis cezasının aleyhindeki görüşler için: DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 620 vd.

³⁰¹ Hapis cezasına daha az başvurulması gerektiğini savunan SHELDEN, cezaevlerindeki doluluk oranların da son yıllarda ziyadesiyle arttığını ifade etmektedir. “Bu gün için sanayileşmiş devletlerde her 100.000 kişi den yaklaşık olarak 55 ile 120 kişi hapistedir. Bu oran Japonya’da 37, Kanada’da 98,

Çünkü, özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların insanlarda bedensel ve ruhsal çöküntüye, yorgunluğa neden olduğu, hükümlünün zamanla mutsuzluğa düştüğü, özellikle orta yaş mahkumların, yaşamlarının demir parmaklıklar arasında tükenip gittiğini düşündükleri savunulmaktadır³⁰².

Tüm bu leyhinde ve aleyhindeki görüş ve söylemlere rağmen, hapis cezaları, halen gelişmiş ve çağdaş denilen toplumlarda, kendisine para cezaları kadar başvuru, bir cezalandırma biçimi olarak varlığını korumaktadır³⁰³. Seçenek yaptırımların, birer alternatif cezalandırma yöntemi olarak kabul edilmesiyle, bu tarihi müessesenin zamanla kendisine daha az başvuru, bir cezalandırma biçimi olacağı söylenebilir.

Dünyanın bütün ülkeleri için ortalama 80 iken, ABD’de bu oran 700’dür. Bu rakam ABD için 20 yıl öncesine göre tam üç kat artmıştır. ABD’de bu hükümlüler arasına tutuklularda katıldığında yaklaşık olarak iki milyon insanın halen hükümlü ve tutuklu olduğu” söylenebilir. SHELLEN, Randall G., “Neden Bu kadar Cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler” (Çev.: Esra DEMİR), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006, s.463; Türkiye’ nin nüfusu; yaklaşık olarak 70 milyon, hükümlü sayısı; ise ortalama 60 bin olarak kabul edildiğinde, hapis cezası yerine uygulanacak yaptırımların Türkiye için önemini bir kez daha ortaya çıkarmaktadır. “Türkiye’de Cezaevlerinde 1 şubat 1969 tarihinde 28593 erkek, 541 kadın hükümlü vardır.” YÜCEL, Kriminoloji, s.85; Türkiye’de cezaevine giren hükümlü sayısı da her geçen gün artarak daha büyük sayılara ulaşmaktadır. Örneğin; 1965 yılında 100645 erkek, 1713 kadın, 1966 yılında 83327 erkek, 1281 kadın, 1967 yılında 90744 erkek, 1561 kadın, 1968 yılında 101616 erkek, 1847 kadın, 1969 yılında 98155 erkek, 1681 kadın, 1971 yılında 59412 erkek, 1019 kadın, 1973 yılında 55136 erkek, 1019 kadın, 1981 yılında 195932 erkek, 5718 kadın, 1984 yılında 154560 erkek, 5121 kadın cezaevlerine girmiş bulunmaktadır” YÜCEL, Kriminoloji, s.86; Türkiye’de, ceza ve tutuklularındaki mevcut sayısı; 1970’de: 30119 hükümlü, 26392 tutuklu, 1975’te 14276 hükümlü, 23340 tutuklu, 1980’de: 31241 hükümlü, 38931 tutuklu, 1985’de: 45388 hükümlü, 25842 tutuklu, 1990’da: 29373 hükümlü, 16233 tutuklu, 1995’de 22008 hükümlü. 24083 tutuklu, 2000’de: 24855 hükümlü, 24657 tutuklu, 2006’da: 26336 hükümlü, 43941 tutuklu, 2007’de: 37608 hükümlü, 53229 tutuklu, 2008’de: 45201 hükümlü, 58028 tutuklu, 2009’da: 56581 hükümlü, 59759 tutuklu olarak tespit edilmiş olup, 2010 Yılı Mayıs ayı itibarıyla; 60029 hükümlü ve 59365 tutuklu olduğu anlaşılmaktadır. www.cte.adalet.gov.tr (erişim: 16.08.2010); “2004 yılı sonu itibarıyla cezaevine giren toplam hükümlü sayısı 101.308’dir” ALACAKAPTAN, Uğur, “Öteki Ceza Hukuku”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 368; Aynı şekilde, suçlu sayısındaki artış ABD’de çok yüksek miktarlarda olmaktadır. 1973 ilâ 1990 yılları arasında toplam sayının tam dört kat artmış olduğu bildirilmektedir. BİÇAK, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Sistemi, s. 206.

³⁰² JOHNSON; Crime, Correction and Society, Illinois, 1974, s. 464 nakleden; SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 325.

³⁰³ Örneğin ABD’nin bazı Eyaletlerinde yürürlükte bulunan Kanunlara göre; hâkim tarafından hükümlü olan bazı hapis cezaları belirli (kesin) süreli hapis cezası olup bu tür bir cezaya çarptırılan bir hükümlü cezaevinde kalabileceği en fazla (maksimum) süreyi bilebilmektedir. Örneğin; 30 gün süreyle şehir hapishanesinde ya da beş yıl süreyle eyalet hapishanesinde hapis cezasına çarptırılan bir hükümlü, bu en üst sınırdan daha fazla olmamak üzere daha erken bir sürede de cezasını tamamlayabileceğini bilebilmektedir. Çünkü hapis cezası, bir af ya da hükümlünün iyi halli bulunması durumunda sonlandırılabilir. Diğer bir kısım eyalet kanunlarına göre ise; hapis cezası gayri muayyen süreli olabilmektedir. Çünkü bu durumda hapis cezasının en az veya en çok miktarı ya da bazen her ikisi de belirtilmektedir. Örneğin, en az iki yıl en çok yirmi yıl süreyle eyalet hapis hanesinde hapis cezası ile cezalandırılmasına biçiminde hüküm kurulabilmektedir. Bu tür hapis cezaları daha çok ağır suçlar için söz konusu olmaktadır. STEINBERG, s. 1.

Kanaatimizce, hapis cezası, kendisine başvurulacak en son çare (ultima ratio) olmalıdır³⁰⁴. Nitekim; Birleşmiş Milletlerin 1990 Tarihli Hapis Dışı Tedbirler için Asgari Standartlar belirleyen ve Tokyo Kuralları olarak bilinen bu standart (asgari) kurallar, suçluların cezalandırılmalarının, her zaman, onların, hapis edilmelerini içermemesi gerektiğini belirlemektedir. Gerçekte, hapis, sadece en son çare olarak kullanılmalıdır. Hapis dışı tedbirlerin kullanılması, hapis cezasından daha etkili bir şekilde, suçlular arasında, topluma karşı sorumluluk duygusu doğmasını temin edebilir ve böylelikle, suçluların, topluma yeniden intibak etmelerine yardımcı olabilir. Hapis dışı tedbirler kullanıldığında, suçlunun rehabilitasyon ihtiyaçları kadar, sosyal adalet gerekleri de göz önünde tutulmalıdır³⁰⁵.

3. 5237 Sayılı TCK Açısından Hapis Cezaları

Türk Hukuku bakımından, hapis cezası hükümlünün ceza infaz kurumuna konularak özgürlüğünün kaldırılmasıdır. Ancak, infaz kurumunda çektirilen hapis cezasından başka, hapis cezasının başka yerde (konutta) infazı da mümkündür (Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, CGİK, m. 110/2-3)³⁰⁶.

³⁰⁴ Nitekim, 1982 yılında Almanya’da bütün mahkumiyetlerin % 76.8’i infaz edilmesi gerekli özgürlüğü bağlayıcı ceza ve % 22.4’ü ise para cezası iken, son on yılda infaz edilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın ortalama olarak yalnızca % 6 oranına tekabül etmektedir. Bu açıdan bütün olayların % 80-84’ünde para cezasına hükmedilmiştir. ROXIN, Claus, “Ceza Hukukun Bir Geleceği Varmıdır?”, (Çev.: Yener ÜNVER), Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 (s. 55-70), s. 65; Almanya’da hükmolunan para cezalarının yaklaşık olarak % 90’ı infaz edilmektedir. Para cezasının infaz edilmemesi nedeniyle çevrilen yedek hürriyeti bağlayıcı ceza ise yaklaşık olarak % 5 veya 6 oranlarında bulunmaktadır. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 69; Almanya’da, 1982 ile 1990 yılları arasında yetişkin mahkûm sayısı ise 39 000 den 33 000’e düşmüştür. PFEIFFER, Christian, Alternative Sanctions in Germany: An Overview of Germany’s Sentencing Practices, National Institute of Justice, February 1996, (<http://www.ncjrs.gov/pdffiles/germany.pdf>), (erişim: 30.10.2009). Tüm bu anlatılanlar, suç ile mücadelede hapis cezası dışında da başarılı olunabileceğini göstermektedir. Türkiye gibi, hükümlü ve tutuklu sayısının yaklaşık olarak 100 bin kişiyi aşan ülkeler için seçenek yaptırımlar ve özellikle bir seçenek yaptırım olarak adli para cezası kendisinden vazgeçilemeyecek bir alternatif olarak görünmektedir.

³⁰⁵ Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, s. 194.

³⁰⁶ ARTUK, Mehmet, Emin, “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 2, Sayı 4, Ağustos 2007, s. 61.

TCK’da, hapis cezaları (TCK m. 46) üçe ayrılmaktadır³⁰⁷: Ağırlaştırılmış müebbet hapis, (m. 47), müebbet hapis (m. 48), süreli hapis cezası (m. 49).

Ayrıca, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası ise kısa süreli hapis cezası olarak tanımlanmaktadır (m. 49/2).

B. Seçenek Yaptırımların Uygulanması Açısından Kısa Süreli Hapis Cezası

Seçenek yaptırıma hükmedebilebilmesi için, hapis cezasına ilişkin birinci şart, cezanın kısa süreli hapis cezası olmasıdır. Bir başka anlatımla, eğer hükmolunacak olan ceza kısa süreli hürriyeti bağlayıcı bir ceza değilse, hiç kuşku yok ki, ceza, 50. maddede yer alan seçenek yaptırımlardan birine çevrilemez³⁰⁸.

Kısa süreli hapis cezasının tanımı TCK’nın 49. maddesinde yapılmaktadır³⁰⁹: buna göre; “ (1)Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. (2) Hükmedilen bir yıl ve daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”

Madde gerekçesinde; kısa süreli hapis cezasının üst sınırının, iki yıldan bir yıla indirilmiş olduğu bildirilmektedir.

Süreli hapis cezasının alt sınırı ise (kısa veya uzun süreli ayrımı yapılmaksızın) bir ay olarak düzenlenmiş olduğundan, kısa süreli hapis cezasının alt sınırını da bir ay olarak düşünmek gerekir (TCK m. 49/1).

Kanaatimizce, seçenek yaptırımlar için, TCK’nın 49. maddesinde tanımı yapılan, kısa süreli hapis cezası için bir yıl ve daha az süreli hapis cezasının kabul edilmesi doğru olmamıştır. Zira, bir yıllık hapis cezası, seçenek yaptırımların uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Bu sürenin bir yıl değil, en az iki yıl olması gerekir. Böylesi bir süre,

³⁰⁷ Madde gerekçesinde; “Kabahatlerin Tasarıdan çıkartılması nedeniyle hafif hapis cezasına metinde yer verilmemiştir” olduğu ifade edilmektedir. Bknz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı

³⁰⁸ “5237 Sayılı TCK’nın 49.maddede tanımlanan kısa süreli hapis cezası kapsamında olmayan hükümlüye tayin edilen cezanın, aynı Kanunun 50. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilmesi yasaya aykırıdır”. 1.CD., 28.02.2007 gün, 5244/910 (METİNER/KOÇ, s. 1535).

³⁰⁹ Bu maddenin diğer ülke kanunlarında bulunan karşılıkları için bakınız: İÇEL/ÜNVER, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, s.108 : “İtalya CK m. 23,25; Almanya CK prg. 38; Fransız CK m. 131-4; İsviçre CK m. 36, 39; Avusturya CK m. 18; Danimarka CK m. 33, 34; İsveç CK m. 1-5, XXVI-1, 2, 3, 5, 6; Polonya CK m. 34, 35, 36, 37, 38, 322, 323, 329, 330; Rusya CK m. 53, 54, 56, İspanya CK m. 35, 36, 37, 38, 50, 51, 52, 53.

amaca daha uygun olup, böylece seçenek yaptırımların uygulama alanında bir genişletecektir. Mesela, 1997 Tarihli TCK Öntasarısı'nda, iki yıl ve daha az süreli hafif hapis ve hapis cezaları kısa süreli hapis cezası olarak kabul edilmiştir³¹⁰.

Hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilebilmesi için, hapis cezanın kısa süreli yani bir yıl veya daha az süreli olması yeterli olup, cezanın hangi suç için verildiğinin önemi yoktur. Bir başka anlatımla, kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi için, Kanun tarafından öngörülen veya sayılan bir suç bulunmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak, tüm suçlar için hükmolunacak hapis cezası, öngörülen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir. Suç türünün, hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesinde bir önemi yoktur. Bu nedenle, TCK ya da bir başka özel kanuna muhalefet nedeniyle hükmolunan hapis cezası da, diğer şartların da olması durumunda, esas itibarıyla, seçenek yaptırıma çevrilebilir³¹¹.

Bunun yanı sıra, kasden veya taksirle olarak işlenmiş tüm suçlar için hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilebilir. Hatta, Kanun koyucu bilinçli taksir dışında, taksirle işlenen suçlar bakımından, hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının üst sınırını bir yıl değil, sınırsız olarak kabul etmektedir. Yani, işlenen taksirli bir suçun cezası hapis cezası olarak belirlendikten sonra, bunun miktarı ne kadar olursa olsun, bu hapis cezası, TCK'nın 50/4. maddesi gereğince adlî para cezasına çevrilebilecek demektir. Nitekim, Yargıtay'ın da bu hususta verdiği kararlar bulunmaktadır³¹². Bunun da sınırı bilinçli taksir halidir. Yani bilinçli taksir halinde

³¹⁰ Bakınız: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı 1997, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri 3, s. 39 vd.

³¹¹ Örneğin: “6136 Sayılı Yasaya muhalefet suçunda 5237 Sayılı TCK'nın 50 maddesi çerçevesinde seçenek yaptırımların uygulanması ihtimalinin değerlendirilmemesi kanuna aykırıdır” 1. CD., 12.03.2007 gün, 2628/1360 (METİNER/KOÇ, s. 1534).

³¹² “...taksirli suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezasının uzun süreli de olsa diğer koşulların varlığı halinde adlî para cezasına çevrilmesinin mümkün olması karşısında, hapis cezasının süresinden bahisle yasal olarak olanaklı olmadığı gerekçesi ile sanık müdafinin bu husustaki talebinin red edilmesi” kanuna aykırıdır. 9. CD., 21.05.2007 gün, 8139/4362 (YALVAÇ, s. 382), aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1159 ve ayrıca s. 1169; “5237 Sayılı TCK'nın 50/4. maddesi hükmü uyarınca taksirli suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezasının uzun süreli de olsa, diğer koşulların varlığı halinde adlî para cezasına çevrilmesinin mümkün olması karşısında, hapis cezasının miktar ve niteliğinden bahisle yazılı şekilde anılan Kanunun 50/1 (a) maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi kanuna aykırıdır” 9. CD., 10.07.2007 gün, 460/6171 (METİNER/KOÇ, s. 1528); “647 Sayılı Yasanın 4. maddesinin 3. fıkrası ve 5237 Sayılı Yasanın 50. maddesinin 4. fıkrası

ancak bir yıl veya daha az süreli hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilebilir. Bilinçli taksir ile işlenen suçtan dolayı verilen uzun süreli hapis cezası adlî para cezasına çevrilemez³¹³.

Kısa süreli hapis cezasının, infaz edilmesi yerine, seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi fikri, hiç kuşku yok ki, kısa süreli hapis cezalarının, infaz edilmesinin, sakıncalı olduğu, fikrine dayanmaktadır. Bu nedenle, kısa süreli hapis cezasının leyhine ve aleyhine belirtilen görüşlere, burada kısacı yer verilmesi gerekir.

1. Kısa Süreli Hapis Cezası Leyhine Olan Görüşler

Bu görüşler, esas itibariyle, mahkûmun cezaevinde kaldığı sürenin kısa olması nedeniyle, tekrar topluma adapte olmasında bir zorluğun olmadığı esasına dayanır³¹⁴. Yaptırımın bu şeklinde, hükümlü yakınlarının, mahkûmiyet dolayısıyla uğradığı üzüntü ve zarar fazla olmadığı gibi, mahkûmun da, çalışma hayatından uzun bir süre kopmadığı, bu nedenle, sakıncasının bulunmadığı iddia edilmektedir³¹⁵.

Bu faydalarının yanı sıra, kısa, süreli hapis cezasının, fail üzerinde yaptığı etki ile onun tekrar suç işlemesini engellediği, genel önlemeyi de sağlayabilecek korkutuculuğa sahip bulunduğu, suçun kefaretni hissettirmesi dolayısıyla da, mağdur yakınlarının öç alma duygularını tatmin ettiği ifade edilmekte, buna karşılık, kısa süreli hapis cezasının suçluyu daha kötü duruma getirdiği konusundaki eleştirinin ise, ancak, cezaevi koşullarının, iyileştirilmesi ile çözülebileceği, bu hususun, cezanın kısa veya uzun süreli olmasından değil, cezaevi şartlarından kaynaklandığı bildirilmektedir³¹⁶.

uyarınca taksirli suçlardan hükmedilen hapis cezaları uzun süreli de olsa adlî para cezasına çevrilebilir” CGK, 20.11.2007 gün, 241/243 (YALVAÇ, s. 371-372).

³¹³ “Suçun bilinçli taksir ile işlenmiş olması karşısında, 5237 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin son cümlesi amir hükmün gözetilmeden, tayin olunan uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın adlî para cezasına çevrilmesi yasaya aykırıdır” 9. CD, 21.03.2007 gün, 7329/2342 (YALVAÇ, s. 384); aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1158-1159.

³¹⁴ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 66-67; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 863-864.

³¹⁵ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 66-67.

³¹⁶ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 66-67; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 864; Bu gün için cezaevlerinin şartlarının düzeltilmesi bir tarafa artık bu kurumların da özelleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin; ABD’de toplam 4.900 cezaevinden 44 cezaevi (% 2), İngiltere’de ise toplam 135 cezaevinden 4 tanesi (% 3), özel sektör tarafından işletilmektedir. BIÇAK, Vahit, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Sistemi: Kamu Sektörü-Özel Sektör İlişkisi”,

2. Kısa Süreli Hapis Cezasının Aleyhindeki Görüşler

Kriminologlar, kısa süreli hapis cezalarının zararlı olduğu konusunda fikir birliği içerisindeyler³¹⁷. Hürriyeti bağlayıcı cezanın, kişi üzerinde etkisini azaltmak amacıyla, kısa süreli hapis cezası yerine, başka alternatiflerin geliştirilmesindeki asıl amaç da bu olmaktadır denilebilir³¹⁸.

Kısa süreli hapis cezasının, zararlı sonuçları bulunduğu, en azından, hapis cezasından beklenen yararın elde edilemediği, çünkü, belirli bir yararın elde edilebilmesi için, hükümlünün, belirli bir süre cezaevinde kalması gerektiği, zira, birkaç gün ya da birkaç ay cezaevinde kalmanın, ıslah için yeterli olmadığı, ifade edilmektedir³¹⁹.

Kısa süreli hapis cezasının aleyhine olan bu görüşlere göre; hapishanede birkaç gün kalmış olmak, suçluyu ıslah etmez. Cezaevinde, ani bir ıslâh edici kudretin varlığına, inanılmaz. Bir mahkûmun, ıslah edilmesi, onda bir psikolojik değişimin meydana getirilmesi, zaman ve emek meselesidir. Bu sebeple, kısa müddetli hapis cezaların faydası değil, psikolojik mahzurları mevcuttur³²⁰.

Bu görüşlere göre, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, faydadan ziyade zarar getirmekte olup, sürenin kısalığından dolayı, hükümlülere belli bir program dahilinde (eğitim- öğretim, mesleki formasyon gibi) tretman (tedavi) uygulanamamakta, suçlunun

21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 204.

³¹⁷ YÜCEL, Kriminoloji, s. 213; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332.

³¹⁸ SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46-47.

³¹⁹ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 67;

DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, C.II, s.1445;

VIDAL, Georges- Magnol, Joseph, Ceza Hukuku, (Çev.: Şinasi, Z. DEVRİN) Ankara 1949, s. 518;

ERDEM, Mustafa, Ruhan, "Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler", İnfaz Hukukunun Sorunları, (Sempozyum, 24-25.11.2000), Ankara 2001, s. 195;

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 864;

ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 545.

³²⁰ EREM, Adalet Psikolojisi, s. 331; Hürriyeti bağlayıcı cezanın yol açtığı bazı psikolojik etkiler için bkznz: KRESTEV, Jenny/PROKIDIS, Pathena/SYCAMNIAS, Evan, The Psychological Effects of Impisonment, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc82.html>), (erişim: 30.10.2009).

topluma kavuşturulması için hiçbir şey yapılamamakta, buna karşın hükümlünün cezaevinde olması nedeniyle birçok şey kaybedilebilmektedir³²¹.

Hürriyeti bağlayıcı cezalardan beklenen yararların elde edilmesi için, mahkumun, belirli bir süreden fazla olarak, bu rejime tabi tutulması gerekir; bu itibarla, kısa süreli cezalar, amacın elde edilmesine engeldir. Kısa süreli ceza korkutmayı ve uslandırmayı sağlayamaz. Bu, sadece kısa süreli cezanın uygulandığı kişinin toplum nezdinde onurunun kırılmasına yol açan bir fonksiyon görür ve bu nedenle olumlu bir sosyal yönü bulunmamaktadır³²².

Cezaevine giren hükümlü geçici bir süre için de olsa işini kaybetmekte³²³, çıkışta aynı işine tekrar dönememekte, bu durum kendisinin ve ailesinin ekonomik yönden mağdur duruma düşmelerine sebebiyet vermekte, öte yandan, cezaevine giren hükümlü, toplumda damgalanmakta, eşi çocukları ve kendisi çevresi tarafından çoğu zaman dışlanabilmektedir³²⁴.

Hüküm giyen kişilerin etiketlenmesinin (damgalanmasının), önemli sonuçları olabilmektedir. Etiketlenen kişi, endişeli ve güvensizlik içerisinde olmakta ve etiketin içerdiği anlamda bir kişi olmaya yönelmektedir. Hükümlüdeki, bu psikolojik durum, diğerlerinin düşünce ve tutumları ile pekiştirilmektedir. Kişi, bir kere suçlu olarak etiketlenince, çevresi tarafından kişi o gözle görülmekte ve kişinin davranışları da sonuç olarak etkilenmektedir³²⁵.

Almanya'da, genç suçlular³²⁶ üzerinde yapılan bir araştırmaya göre; seçenек ceza yerine, hapis cezası ile cezalandırılmanın, cezanın infaz edilmesinden sonraki

³²¹ SOYASLAN, Kriminoloji, s.215; SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 646; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 864; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332.

³²² PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 242-343; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 646; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 864-865; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332; SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46.

³²³ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 545.

³²⁴ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 215; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 864-865; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332.

³²⁵ YÜCEL, Kriminoloji, s. 24; Kişi, cezaevine girmekle işini, karısını, çocuklarını ve kendisine itimat edenleri manevî açıdan kaybettikten sonra, suçlunun toplumla ilgisi kalmaz. Bundan sonra, toplumun kişi üzerindeki etkisi de kalkınca şahıstaki ilkel isteklerden gelen bütün eğilimler geniş bir tatmin alanı bulur. EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332; SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46.

³²⁶ Almanya'da genç suçlular için uygulanan ceza hukuku genel ceza hukukundan ayrı bir alanı oluşturmakta olup, 1923 yılından beri uygulana gelen bu sistem Alman ceza hukukunun bir özelliği olarak

aşamasında iş bulma konusunu olumsuz yönde etkilediğini açıkça ortaya koymaktadır³²⁷.

Kısa süreli hapis cezasının, ıslah edici fonksiyonunun zayıf olmasının yanı sıra, dürüst bir vatandaşı asıl korkutan şey, cezaevine girip çıkmış olmanın, onun üzerinde yaratacağı, toplumsal baskıdır. Bu, hiç kuşku yok ki, bir defa gerçekleşikten sonra, onu, suç işlemekten alıkoyacak olan manevî bariyerin de, yıkılması anlamına gelir. Oysa, böyle manevî bir engeli, mutlak bir zorunluluk olmadıkça, yıkmamak gerekir. Ayrıca, bir kez de olsa, cezaevine girmiş kimselere karşı toplumda beliren ön yargı nedeniyle, şahsın, iş, çevre ve aile ilişkilerinin de bozulacağına göz ardı edilmemesi gerekir³²⁸.

Kısa süreli hapis cezaları, ilk defa uygulandıkları kimseler üzerinde korkutucu bir etki bıraksa da, zamanla, mükerrer suçlular üzerindeki korkutucu etkisini kaybetmekte ve bunlar üzerinde, istenilen neticeyi meydana getirmekten uzaklaşmaktadır³²⁹.

Hapis cezasının toplu halde çekilmesi nedeniyle, cezadan beklenen yararların elde edilmesi çok güç olduğu gibi, aksine, kısa süreli hapis cezası mahkûmların, diğer suçlularla teması sonucu, kötü huyların geçmesi dolayısıyla ahlaken bunların da bozulmasına sebebiyet verir ki, cezaevlerinin suçlu okulu sayılmasına ilişkin görüşlerin buradan kaynaklandığı söylenebilir³³⁰. Zira, hükümlü için cezaevine girmenin en büyük mahzurlarından biri, cezaevinde diğer suçlularla temas, ve bunların, yeni suçların işlenmesi konusunda etkisi altında kalmasıdır. Gerçekten de, cezaevine giren hükümlü,

zikredilmektedir. Gençlik ceza hukuku, gençler için (suç tarihinde 14-18 yaş arasında bulunanlar) ve yarı yetişkinler için (suç tarihinde 18-21 yaş arasında bulunanlar) geçerli olmaktadır. Eğitici teşvik edici olanaklar, muhakemenin düşürülmesi (diversion veya şekle bağlı olmayan yaptırım) yanında Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu üç tür şekle bağlı hukuksal yaptırım öngörmektedir. Bunlar; pedagojik (eğitici) önlemler, uslandırma aracı ve gençlik cezaevinde infaz edilen ceza biçimindedir. Bunun yanı sıra gençlik ceza hukukunda, Al.CK'nun yan sonuçları (fer'i ceza niteliğinde olmak üzere) araç sürme yasağı ve bazı güvenlik önlemleri (Al. GMK § 6,7) bulunmaktadır. Pedagojik önlemlerin amacı cezalandırmak değil, failin eğitim alması (Al. GMK § 10) ya da eğitim için yardımda bulunmaktır (Al. GMK § 12). Uslandırma araçları (Al. GMK § 13/2), yani uyarılar (Al. GMK § 14), çalışma ve para yükümlülüğü (Al. GMK § 5), ya da gençlik cezaevinde infaz edilen ceza (Al. GMK § 16), cezalandırıcı karaktere sahip tepkiler olarak kabul edilmektedir. Gençlik cezaevinde cezaya (hürriyeti bağlayıcı hapis cezasına) hükümlenmesi ertelenebildiği gibi bu cezanın infazı da ertelenebilmektedir. HEINZ/SPIESS, s. 408.

³²⁷ PFEIFFER, Alternative Sanctions in Germany, s. 1.

³²⁸ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 67; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet /ARTUK, Mehmet, Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 1997, s. 797-798; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332.

³²⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 343; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 647.

orada profesyonel suçlularla tanışmakta, özgür hayatta işlenecek olan suçların planlarının nasıl yapıldığını öğrenmektedir³³¹.

Kısa süreli hapis cezasının, cezaevlerinin ıslah edici fonksiyonunu azaltmasının bir diğer nedeni ise, kısa süreli hapis cezasının, cezaevlerindeki kalabalığı ve buna bağlı olarak infaz masraflarını artırmasıdır³³². Zira, hükümlülerin, bakım ve tretmanı, bütçe için çok önemli bir yüküdür ve sayısı çok fazla olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanların mümkün mertebe cezaevine sokulmaması, dolaylı olarak devlet hazinesine büyük bir katkı anlamına gelecektir³³³.

Cezaevlerinde hükümlüleri, işledikleri suçlara göre ve bunlardaki ahlakî kötülüğe göre, tam bir sınıflandırmaya tabi tutmak ve bu sınıflarda bulunanları, birbirleriyle temas ettirmemek, mümkün olmamakta, bu nedenle, ilk kez suç işleyen bir tesadüfi suçlunun, diğer suçlular arasında karışması, bu şahsın, suçu meslek edinmiş ve ihtiyat haline getirmiş olanların, bozucu tesirlerine maruz bırakmak olacaktır ki, bu nedenle, kısa süreli hapis cezası, mükerrirliği artıran bir sebep haline gelmektedir³³⁴.

Tüm bu ve benzeri gerekçelerle, kısa süreli hapis cezasının yerine³³⁵ uygulanabilecek ceza ve tedbirlerin (yaptırımların) veya özel infaz şekillerinin kabulü gerekmiş³³⁶ ve ülkeler bünyelerinin elverdiği ölçüde bu kurumlara mevzuatlarında yer vermeye çalışmışlardır³³⁷.

³³⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 343; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 865; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 647; SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47.

³³¹ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 215; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 865; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 545; EREM, Adalet Psikolojisi, s. 332; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47.

³³² ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 68; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 865; PARLAR / HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 342; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47.

³³³ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 215; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 647.

³³⁴ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 68; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 865; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47-48.

³³⁵ "...işlediği suç dolayısıyla hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmedilen kişinin bu cezası yerine mahkeme adli para cezası ve belli güvenlik tedbirlerine (ki kanaatimizce burada güvenlik tedbiri değil seçenek yaptırım denilmesi gerekirdi) hükmedilebilecektir. (ikame sistemi) Mahkemece hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, faile ayrıca ceza verilemeyecektir" ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 593.

³³⁶ Bu şekildeki özel infaz hallerinden biri de "evde infaz"dır. Evde (konuta) infaz ise ABD'nin birçok eyaletinde, elektronik alanındaki gelişme nedeniyle, daha çok elektronik izleme yolu ile denetlenebilmektedir. Telefon robotu ile hükümlü belirli aralıklarla evinden aranmakta ve bu husus kayıt

3. Seçenek Yaptırımın Uygulanması Bakımından Kısa Süreli Hapis Cezasının Hesaplanması

Kısa süreli hapis cezasının tanımı: TCK m. 49/2’de yapılmaktadır³³⁸. Buna göre; “hükmedilen bir yıl ve daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”

Hükümde bir tek suç için hapis cezası hükmolunduğunda bunun kısa süreli olup olmadığının tespiti son derece kolay olmaktadır. Buna göre, hükmolunan hapis cezası bir yıl veya daha az süreli ise kısa süreli sayılacak ve pek tabidir ki 50. madde yazılı tedbirlerden birine çevrilebilecektir³³⁹. Ancak, sanığın birden fazla suçu için hükmolunan ve her biri kendi başına kısa süreli olduğu halde, bunlar toplandığı zaman, bir yılı aşan hapis cezalarında, durumun ne olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, sanığın bir suçu için sekiz ay, diğer bir suçu için mesela on ay hapis cezasına hükmolunmuş ise, toplam olarak hükmolunacak olan hapis cezası 18

altına alınmaktadır. Diğer elektronik izleme metodu ise çıkartılamayan kilitli bilezik yöntemidir ki bunun ile hükümlünün sinyal göndermesi sağlanmakta, böylece bulunduğu yerin kontrol edilmesi mümkün olabilmektedir. SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 47-50.

³³⁷ CLEAR, Todd R./COLE, George F., American Correction, Third Edition, Belmont California 1994, s.162 vd., CLEAR, Todd, Corerretion Beyond Prison Vals, in:Criminology, A Contemporary Handbook (Edit.:Joseph F. Sheley), Second Edition, Belmont 1995, s.466 nakleden: ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 68; İÇEL, Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 326 vd; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler, s. 47 vd; VALTER, Michael, “Ev Hapsinde Elektronik Gözetleme (Elektronik Monitoring), Kapasitesinin Üstünde Dolu Cezaevlerine Bir Çözüm” (Çev.: ARTUK, Mehmet, Emin/NUHOĞLU, Ayşe), İBD., C.:75, S.:1, İstanbul 2001, s. 17 vd; Adli kontrol, cezaların ertelenmesi, hapis cezasının para cezasına çevrilmesi, şartla salıverme, ön ödeme, ceza kararnamesi gibi tüm tedbirlerin asıl amacı suçlunun cezaevine girmesi nedeniyle meydana gelecek olan sakıncalardan korumaya çalışmak olarak düşünülebilir. SOYASLAN, Alternatif Tedbirler, s. 46-47.

³³⁸ Bir hürriyeti bağlayıcı cezanın ne zaman kısa süreli sayılması gerektiği hususunda verilen kriterlerin çok şekli olduğu söylenebilir. Gerçekten kesinleştiği tarihten itibaren suçlunun eğitimi ve uslanması bakımından mâkul imkânı vermeyecek süredeki hürriyeti bağlayıcı cezaları kısa süreli saymak uygun olur. Bu nedenle daha çok sübjektif ve psikolojik bir ölçüden yana olmak zorunluluğu vardır. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 647; 1948’de toplanan Milletlerarası Ceza ve İnfaz Komisyonu, üç ayı geçmeyen hürriyeti bağlayıcı cezaları kısa süreli olarak nitelemiştir. 1950 yılında La Haye’de yapılan 12. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde de aynı esas kabul edilmiştir. 1960 Londra Suçların Önlenmesi ve Faillere Uygulanacak Muamele Hakkında 2. Birleşmiş Milletler Kongresinde ise, sınır altı ay olarak saptanmıştır. Bu esas birçok ülke tarafından (örneğin; Belçika, Finlandiya, Yunanistan, Japonya, Kenya, Norveç, Hollanda) kabul görmüştür. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 863.

³³⁹ “5237 Sayılı TCY’nın 50/1. maddesi hükmüne karşın hüküm olunan 2 yıl hapis cezasının paraya çevrilmesi yasaya aykırıdır” 4.CD., 05.12.2007 gün, 6993/10367 (METİNER/KOÇ, s. 1523).

ay olmaktadır ve buna göre, bu miktar bir hapis cezasının, seçenek yaptırıma çevrilip çevrilmeyeceği meselesi önem kazanmaktadır³⁴⁰.

Bu husus, 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay İçtihatları ile çözülmüş durumdaydı. Yargıtay, verilen hapis cezalarının tedbire çevrilmesine hükmolunurken, her bir cezanın ayrı ayrı dikkate alınması gerektiğini belirtmekteydi³⁴¹

TCK'nın 49/2. maddesine göre; kısa süreli hapis cezası, yasada yer alan süreye göre değil; hakim, somut olayda takdir ettiği (hükmettiği = hüküm altına aldığı) hapis cezasının miktarına bakılarak belirlenecektir. Bir yıl veya bundan daha az süreli hapis cezasına hükmedildiği zaman, bu hapis cezası seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir³⁴². Hükmolunan ve her biri bir yılı geçmeyen hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilip çevrilmeyeceğinin ayrı ayrı tartışılması gerekir³⁴³.

³⁴⁰ Sanığın birden fazla suçtan mahkûm edilmesi durumunda, 1 yıllık sürenin belirlenmesinde toplam ceza değil, her bir suçtan dolayı hükmolunan ceza ayrı ayrı göz önünde bulundurulacaktır. ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 546; Her bir kısa süreli hapis cezası bakımından durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Birden fazla suç işleyen kişi bakımından seçenek yaptırımlara çevirme şartlarının ne şekilde gerçekleştiği, mahkemenin bu kanaate neden vardığı karar yerinde açıkça tartışılmalıdır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1124; Benzer görüş için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1479;

³⁴¹ 4. CD, 02.03.1988 tarih, 1988/1344-1683 (EKDEMİR, s. 1070); “Cezaların içtimaı halinde ‘kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza’ tespit edilirken, içtimaa tabi kılınan her bir suçtan dolayı tâyin edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ayrı ayrı ele alınarak, bunların teker teker bir yılı geçmemeleri halinde 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddenin ayrı ayrı uygulanması gerekir.”4. CD, 11.10.1984 tarih, 1984/6373-6783 (EKDEMİR, s. 1071) DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 666; CGK, 01.10.1973, 5-39/600 (ÇAĞLAYAN, Muhtar, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve Uygulamalarımız, Yargıtay Dergisi, Cilt 1, Sayı 3); 5. CD., 10.06.1991 gün, 91/2942-3123 (YKD, Ocak 1993, Sayı 3, s.427) DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 666; “...Özgürlüğü bağlayıcı cezalara ayrı ayrı 647 Sayılı Yasanın 4. maddesi uygulandıktan sonra cezaların toplanması gerekirken, hapis cezalarının önce toplanıp daha sonra para cezasına çevrilmesi...” 4. CD, 28.02.2005 gün, 2003/17145 (ÇINAR, s. 51); “Her bir suç için belirlenen özgürlüğü bağlayıcı cezaların ayrı ayrı paraya çevrilmesinden sonra içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” 4. CD, 22.02.2005 gün, 12827/1233 (ÇINAR, s. 51); 4. CD, 02.07.1975 gün, 3500/3635, YKD, Yıl 1976, No:2, s.266 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s.668).

³⁴² ZAFER, s. 359; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 588.

³⁴³ “Sanığa verilen toplam ceza üzerinden değil, hüküm kurulan ...her bir hapis cezasının süresine göre 50. maddenin değerlendirilmesi gerekir” 3. CD., 07.03.2007 14796/2030 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1142); “Kişinin işlediği birden fazla suç bulunduğu takdirde, bu suçlardan seçenek yaptırıma çevirmenin koşullarını taşıyan her bir suç için bunun ayrı ayrı tartışılması gerekir.”1. CD, 03.04.2006 gün 2006/1129 (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384).

Hiç kuşku yok ki, kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilmeden, doğrudan doğruya, bir hapis cezası olarak ertelenebilir (TCK m. 51)³⁴⁴.

C. Hapis Cezasının Seçenek Yaptırıma Çevrilebilir Nitelikte Olması

Seçenek yaptırıma hükmetmenin genel şartlarından olan hapis cezasına ilişkin cezanın kısa süreli olması gerektiği şartı yanı sıra, hapis cezasına ilişkin ikinci şart ise, hapis cezasının, seçenek yaptırıma çevrilebilir nitelikte olması gerektiğidir. Kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırıma çevrilmesine engel olabilecek olan bu nitelikler ise, hapis cezasına alternatif olarak adlî para cezasının öngörülmemiş bulunması ile hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine veya tamamına çevirmenin özel bir yasa hükmü nedeniyle yasaklanmamış bulunmasıdır.

1. Hapis Cezasına Alternatif Olarak Adlî Para Cezası Öngörölmüş Olması

Hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan biri olan para cezasına çevrilebilmesi için, 50/2. maddesi gereğince, “suç tanımında, hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörölmüş olmamalıdır”. Yani, madde metninde gösterilen suç için, hem hapis cezası ve hem de adlî para cezasının öngöröldüğü durumlarda, para cezası yerine, hapis cezası seçilmiş ise, artık seçilmiş olan bu hapis cezası, 50/1 (a) maddesi gereğince, adlî para cezasına çevrilemez³⁴⁵.

³⁴⁴ “Sanığı yapılan yargılaması sonunda; 6136 Sayılı Kanunun 13/1. maddesi uyarınca hükümlülüğüne ve zoralıma dair ...verilen kararda...5237 Sayılı TCK’nın 52. maddesi uyarınca, sanığın ekonomik ve şahsî halleri irdelenerek paraya çevirme ve aynı yasanın 51. maddesi gereğince suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık nedeniyle tekrar suç işlemeyeceği yönü de değerlendirilerek, cezanın ertelenip ertelenmeyeceği konularında hüküm kurulması” 8. CD., 10.10.2005 gün 2500/9325, (OKTAY, Erdoğan, Para Cezaları ve infazı, İstanbul 2007, s. 248).

³⁴⁵ “Hüküm, yerindedir, suçun cezasında bir seçeneklilik varsa, hâkim de buna dayanarak takdir hakkını (hapis) ceza(sı) vermekten yana kullanmış ise, artık ikinci bir kez takdir hakkını kullanarak takdir ettiği hürriyeti bağlayıcı cezayı bu kez 50/1 (a) uyarınca adlî para cezasına çeviremez. Kuşkusuz, aksi davranış takdir hakkının kötüye kullanımı olur.” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 83; Bu düzenlemenin yerinde olduğuna dair diğer benzer görüşler için bkz: ÖZBEK, Veli, Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I., Genel Hükümler (m. 1-75), TCK İzmir Şerhi, 3. Bası, Seçkin Kitabevi Ankara 2006, s. 549; MALKOÇ, İsmail, Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2005, s. 162; YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 134; İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 186; ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 550;

Nitekim buna ilişkin Yargıtay CGK kararı³⁴⁶ ile Ceza Dairelerinin birçok kararı³⁴⁷ bulunmaktadır.

Bu hükmün, Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi ise, bu düzenlemenin, Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴⁸.

Bu şekilde seçilmiş olan hapis cezası, her ne kadar para cezasına çevrilemez ise de, bu, hükmolunun hapis cezasının, 50. maddede yer alan diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine engel olmaz³⁴⁹. Mesela, suçu tanımlayan kanun maddesinde, hapis cezası yanı sıra adlî para cezası da seçimlik bir yaptırım olarak gösterilmiş olduğu bir durumda, hapis cezası seçilmiş ise, bu hapis cezası adlî para cezasına çevrilemez. Ancak hapis cezası, örneğin TCK'nın 50/1 (b) maddesinde yazılı aynen iade ya da suçtan

METİNER/KOÇ, s. 1480.

³⁴⁶ “5237 Sayılı Yasanın 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun yaptırımı, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıdır. Yerel mahkemece, seçimlik cezalardan özgürlüğü bağlayıcı yaptırım olarak takdir edilip, bu özgürlüğü bağlayıcı cezanın adlî para cezasına çevrilmesi TCY'nın 50/2. maddesi hükmüne aykırıdır” CGK, 02.10.2007 gün, 5-172/193 (YALVAÇ, s. 372-373), aynı karar için bkz: (<http://kararbankasi.blogcu.com>).

³⁴⁷ “...Sanığın işlediği kabul edilen cinsel taciz suçunun temas ettiği 5237 Sayılı TCK'nın 105/1. maddesinde seçimlik ceza öngörülmesi ve aynı Kanunun 50/2. maddesinde ise, ‘hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adlî para cezasına çevrilemez’ hükmünün yer alması nedeniyle, tercih ve tayin edilecek hürriyeti bağlayıcı ceza sonradan paraya çevrilemeyeceği için sanığa para cezası verilmesi düşünülmüyor ise adlî para cezasının 52 ve 61. maddelerdeki esaslara göre doğrudan tayin ve tespiti yerine anılan düzenlemelere aykırı biçimde önce hürriyeti bağlayıcı ceza verilip müteakiben paraya çevrilmesi kanuna aykırıdır” 5. CD., 05.05.2008 gün, 3754/3929 (ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 549, dp. 28); “Sanığın eylemine uyan kasden yaralama suçunun düzenlendiği 5237 Sayılı TCK'nın 86/2 maddesinde öngörülen seçimlik cezalardan hapis cezasına hükmedildiği halde bu cezanın adlî para cezasına çevrilemeyeceğinin gözetilmemesi, 5237 Sayılı TCK'nın 50/2. maddesine aykırıdır” 2. CD., 29.11.2007 gün, 13860/16101 (METİNER/KOÇ, s. 1523); “5327 Sayılı TCY'nın 125/3. maddesinde seçenek olarak adlî para cezasının da öngörülmesi karşısında anılan madde uyarınca hapis cezası tercih edilerek temel ceza saptandıktan sonra aynı Yasanın 50/2. maddesi gereği adlî para cezasına dönüştürülemeyeceğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır” 4. CD., 21.11.2007 gün, 5273/9801 (METİNER/KOÇ, s. 1523); “...mahkemece sanık hakkında ceza tayininde TCK 203. maddesi gereğince öngörülen seçenek yaptırımlardan hapis cezasına hükmedildiği cihetle, hapis cezasının adlî para cezasına çevrilme suretiyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir” 4.CD., 13.06.2007 gün, 3362/5628. (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1148-1149).

³⁴⁸ “Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla. Cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir...5237 Sayılı Kanunun 50. maddesinin 2. fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına” AY Mah. 'nin 19.02.2009 gün ve 107/28 Sayılı Kararı.

³⁴⁹ “TCK 50/2., sadece adlî para cezası bakımından çevirme yasağını öngördüğünden, hükmedilen hapis cezası 50. maddede belirtilen diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir” ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867; Aynı doğrultudaki görüşler için bkz: YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 134; ÇINAR, 45; METİNER/KOÇ, s. 1480; ZAFER, s. 360.

önceki hale getirme veya tazmin suretiyle zararın giderilmesi seçenek yaptırımlardan herhangi birine (TCK m. 50/1b, c, d, e, f) çevrilebilir³⁵⁰. Bunu yasaklayan, bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay verdiği kararlar ile bunun mümkün olduğunu açıkça belirtmektedir³⁵¹.

Burada, asıl tartışılması gereken, en önemli hususlardan biri ise, esas itibarıyla, seçimlik cezanın, yani madde metninde hem hapis ve hem de adlî para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, seçilen hapis cezasının, gerek miktar olarak 3 aydan daha az olması durumunda, yaşı ne olursa olsun tüm failler hakkında ve gerekse yaşı 18 den küçük veya 65 den büyük olan faillerin, bir yıla kadar olan hapis cezaları için, önce hapis cezasının seçilmiş olması durumunda, bunun, seçenek yaptırımlara veya adlî para cezasına çevrilip çevrilemeyeceği meselesidir. *Hakeri*, seçimlik cezaların söz konusu olduğu bu durumlarda, hapis cezasının seçilmesi halinde, TCK'nın 50/3. maddesi şartları mevcut olsa bile, bu hapis cezasının artık adlî para cezasına çevrilemeyeceğini ifade etmektedir³⁵². Benzer bir biçimde *İnce*, “Hakim seçenekli cezalardan hapis cezasını tercih etmekle, sanığa adlî para cezasının uygulanması yolunu kapatmak istemiş olacağından, bu durumda 3. fıkradaki süreler kapsamında kalsa dahi, kısa süreli hapis cezası adlî para cezasına çevrilmemelidir. Hakimin böyle bir zorunluluğu yoktur” görüşünü savunmaktadır. Oysa, kanaatimizce, TCK'nın 50/3. maddesi hükmü ile getirilen seçenek tedbirlere çevirme zorunluluğu, 50/2. maddesi hükmü ile getirilen adlî para cezasına çevirme yasağına üstün tutulmalı ve böylesi bir durumda, nasıl ki tüm seçenek tedbirlerden birine hükmetmek bir yasal zorunluluk ise, hâkimin, bu durumda da, adlî para cezasına çevirebilme ve sonuç olarak bir seçenek yaptırım olarak adlî para cezasına hükmedebilmesine imkân tanımak gerekir. Zira,

³⁵⁰ Benzer görüş için bkz: “...çevirme yasağı sadece adlî para cezası bakımından öngörülmüş bulunduğundan hükmedilen hapis cezasının m. 50'de yayılı diğer yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkün olmalıdır” ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.549.

³⁵¹ 7. CD., 24.03.1994 gün ve 2230/2882, (YKD, C.20, S.6, s.1011-1012.) ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Seçenek Yaptırımlar Sistemi, s. 70; “...daha önce hapisle cezalandırılmayan sanığa 5237 Sayılı Yasanın 106. maddesinde öngörülen seçimlik cezalardan tercihle verilen 1 ay (aynı Yasanın 61/6 maddesi gereğince otuz gün) özgürlüğü bağlayıcı cezanın anılan Yasanın 50/3. maddesi uyarınca aynı Yasa maddesinin 1. fıkrasında belirtilen adlî para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekmektedir” 4.CD., 25.04.2007 gün, 1117/3902 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1148).

³⁵² HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 383-384.

seçenek yaptırımlar birer ceza olarak bir bütünlük arz etmektedir ve adlî para cezası seçenek yaptırımını da bu bakımından diğer seçenek yaptırımlardan ayıramaz. Nitekim, Yargıtay verdiği birçok karar ile, TCK'nın 86/2. maddesi gereğince kurulacak hükümde olduğu gibi, hapis cezasının tercih edilmesi durumunda, TCK'nın 50/3. maddesindeki seçenek yaptırımlardan birine çevirme zorunluluğunun bulunması durumunda, hapis cezası tercih edilmiş olmasına rağmen, bu cezanın adlî para cezası da dahil olmak üzere, TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı tüm seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğini karara bağlamıştır³⁵³. Bu kararlar, TCK'nın 50/1 (a) maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasının, adlî para cezasına çevrilmesi seçenek yaptırımının, TCK'nın 52. maddesine göre hükmolunacak adlî para cezasından farklılığını gösteren iyi bir örnektir.

2. Bazı Özel Kanunlar Gereğince Hükmolunan Hapis Cezaları

TCK'nın 5. maddesi, genel hükümlerin tüm özel ceza yasalarında da uygulanmasını öngörerek, devletin tüm hukuk sistemini sil baştan değiştirmeyi hedeflemiştir. Çünkü, 765 Sayılı TCK'nın 10. maddesi TCK'nın uygulanmasını özel yasada aksine hüküm olmaması şartına bağlamıştı. Bu nedenle, yapılmak istenen

³⁵³ “Sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde belirtilen seçimlik cezalardan tercih edilen hapis cezasının, aynı Kanunun 50/2. maddesi uyarınca paraya çevrilemeyeceği belirtilmiş ise de, aynı maddenin 3. fıkrası ‘belirtilen fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış bulunanların mahkûm edildikleri bir yıl veya daha az süreli hapis cezası birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir’ hükmüne göre, 18 yaşından küçükler için paraya çevirme yasağının, seçimlik ceza öngören suçlardan dolayı tayin olunan bir yıl üzerindeki hürriyeti bağlayıcı cezaları kapsadığı anlaşılmakla, suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanık hakkında sonuç olarak hükmolunan 2 ay 6 gün hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır” 2. CD., 29.01.2007 gün, 7815/933 (YALVAÇ, s. 386); “Sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde belirtilen seçimlik cezalardan tercih edilen hapis cezasının, aynı kanunun 50/2. maddesi uyarınca paraya çevrilemeyeceği belirtilmiş ise de aynı maddenin 3. fıkrası hükmü karşısında, paraya çevirme yasağının, seçimlik ceza öngören ve bir ay üzerinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cezaları kapsadığı anlaşılmakla, sanık hakkında sonuç olarak hükmolunan 7 gün hapis cezasının aynı maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” 2.CD., 29.01.2007 gün, 7279/929 (YALVAÇ, s.386); Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz: 6.CD., 02.11.2007 gün, 4880/11614 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1154); 2.CD., 20.02.2007 gün, 10379/2283 (EROL, 2357 Sayılı TCK Cilt I, s. 683); 2.CD., 13.11.2006 gün, 9433/18176 (www.cigm.adalet.gov.tr) (erişim: 16.06.2009); 2.CD., 30.04.2007 gün, 2606/5920 (METİNER/KOÇ, s. 1533); 2.CD., 20.02.2007 gün, 10376/2283 (METİNER/KOÇ, s. 1535); 2.CD., 16.04.2007 gün, 2612/5496 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1162); 2.CD., 15.01.2007 gün, 6010/85 (METİNER/KOÇ, s. 1538).

değişiklik, yıllardan beri alışlagelen sistematığın, önemli şekilde değiştirilmesidir³⁵⁴. Bunun sonucu olarak, özel kanunlarda bulunan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceğine ilişkin düzenlemelerin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda bir tartışma başlamıştır.

Bir görüşe göre; Türk Ceza Kanunun 5. maddesi “ bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmüne yer verdiğinden ve 50. madde genel hükümler arasında yer aldığından, böylesi bir durumda, artık özel kanun değil, TCK’nın uygulanması ve söz konusu cezaların, 50 madde gereğince tedbirlerden birine çevrilebilmesi gerekir. Çünkü, özel kanunların bu tür kısıtlayıcı hükümleri, kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırımlara çevrilmesini öngören TCK’nın 50. maddesi hükmüne aykırıdır³⁵⁵. Bunun yanı sıra, 5252 Sayılı Kanunla “Türk Ceza Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun geçici 1. maddesi ile “diğer kanunların 5237 Sayılı TCK’nın birinci kitabında yer alan düzenlemelere (yani genel hükümlere) aykırı hükümleri ilgili kanunlarda gerekli değişiklik yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” hükmü gereğince, özel kanunlarda bulunan ve TCK’nın genel hükümlerine aykırı nitelikteki düzenlemeler ancak 31.12.2008 tarihine kadar uygulama alanı bulabilecek³⁵⁶, bundan sonra ise bu ayrı hükümler değil TCK genel hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Kanunda belirtilen süre geçmiş olmakla birlikte, yasa koyucu bu husustaki karmaşayı henüz gidermemiş, özel kanunlarda TCK’nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeleri kaldırmış değildir. Bu nedenle, 31.12.2008 tarihinden sonra TCK’nın genel hükümleri asıl olup, bu hükümler uygulanacaktır. O halde, özel kanunlarda bulunan ve hükmedilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceğine ilişkin hükümleri, belirtilen tarihten sonra işlenen suçlar bakımından dikkate almamak gerekmektedir.

³⁵⁴ Bu açıdan, ceza yasalarının yıllardan beri alışlagelmiş sistematığı ile önemli şekilde oynanmasının da büyük hata olduğu söylenmelidir. Çünkü, böyle bir değişiklik de sil baştan Kanun yapılması anlamına gelir. Örneğin, Federal Almanya tüm önemli siyasal ara rejimlerden geçtiği halde, ceza hukuku reformunu yaparken 1871 Tarihli StGB’nin temel sistematığının bozulmamasına büyük bir caba harcamıştır. Bu nedenle, bugün için, Almanya’da yürürlükte bulunan Alman CK’nın tüm reformlara karşın aynı tarihi koruması bu yönden takdir edilmesi gereken bir durumdur. İÇEL, Roxin’e Armağan, s. 16.

³⁵⁵ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s.70; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867.

³⁵⁶ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s.70; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 868.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; kanun koyucu, TCK'nın 5. maddesine rağmen, TCK'nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler yapmaya devam etmektedir. Durum böyle olunca, özel yasalardaki düzenlemelerin esas alınması gerekmektedir. Çünkü, zaten TCK'nın 5. maddesinin diğer yasa maddelerinden üstün bir yanı olamaz. Bir başka anlatımla, normlar hiyerarşisinde bu norm kendisinden sonra yürürlüğe girmiş TCK genel hükümlerine açıkça aykırı olan bir özel düzenlemenin yürütülmesine engel olamaz. Çünkü, TCK, bir anayasa normu değildir. O halde, TCK 5. maddedeki düzenleme, kanun koyucunun, ancak bir niyet açıklamasından başka bir anlama gelmemektedir³⁵⁷. TCK'nın garip sayılabilecek düzenlemelerinden biri de budur denilebilir³⁵⁸. Bu nedenle, bu görüşe göre, TCK'nın genel hükümlerine aykırı olan düzenlemeler varlıklarını korumaya devam etmektedirler. Çünkü, yasa koyucunun kendisi, TCK'nın 5. maddesine açık bir şekilde aykırı denilebilecek düzenlemeleri, bazı yasalarda yapmaya devam etmektedir. Örneğin, Terörle Mücadele Kanununda 5532 Sayılı Kanun ile 29.06.2006 tarihinde yapılan değişiklik buna örnek olarak gösterilebilir³⁵⁹.

Bu açıklamalar ışığı altında, özel bazı yasalardaki hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilemeyeceğine ilişkin düzenlemeleri, seçenek yaptırıma hükmolunmasının genel şartlarından olan, hükmolunan hapis cezasında bulunmaması gereken bir nitelik olarak incelenmesi gerekmektedir.

³⁵⁷ “Kanun, veciz olmalıdır: *imperatoria brevitās; simplicitas legibus amica*”, “Kanunlarda sarahattan başka bir şeyin yer almaması lâzımdır” FABREGUETTES, s. 41, dp. 2; “SÈNÈQUE, haklı olarak mukaddimelerle dolu uzun bir kanunun soğuk olduğu kadar işe yaramaz bulunduğunu bildirmektedir. Nihil videri frigus, nihil ineptius, quam legem cum prologo” FABREGUETTES, s. 41-42.

³⁵⁸ Bu hüküm yetersizdir. Zira hüküm, sorunları çözmekten uzak olup ancak bir temenni hükmü niteliğindedir. Hükümün bağlayıcılığı yoktur. Çünkü, TCK 2. maddesinin 2. fıkrası ceza kanununda ikincil bir kaynak yaratılmasına engeldir. Bu nedenle, TCK'nın 5 (b) maddesinin yalnızca, genel hükümlerle ilgili bir bağlayıcılık kuralı koymuş olmasından kaynaklanan yetersizliğin üstesinden gelinemez. ALACAKAPTAN, Öteki Ceza Hukuku, s. 368-372; Maddenin hiçbir bağlayıcılığı ve emrediciliği yoktur. Bu hüküm tamamen bir ‘temenni’ veya ‘tavsiye’ hükmü niteliğindedir. Çünkü, bu hüküm, bir anayasal hüküm değildir. Bir yasa hükmüdür. Türk hukukunda ise, temel yasa-temel olmayan yasa ayrımı yoktur. Tüm kanunlar, normlar hiyerarşisinde eşit konumda bulunmaktadır. KOCASAKAL, Ümit, Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, s. 1008; aynı doğrultuda görüş için bkz: ZAFER, s. 54-55.

³⁵⁹ 5532 Sayılı Kanun ile TMK'nın 13. maddesinde değişiklik yapılmış ve bu kanuna göre hakkında hapis cezaları verilen 15 yaşından büyük kimselerin bu cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmeyeceği ve ertelenemeyeceği hükmü getirilmiştir.

a. Askeri Mahkemelerce Verilen Hapis Cezaları

31.03.2005 gün ve 5329 Sayılı Kanunla³⁶⁰ Askeri Ceza Kanununa eklenen ek madde 8/4 gereğince; askeri ve adlî mahkemelerce, yedek subay hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ve Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel hakkında verilen kısa süreli hapis cezaları, TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemez³⁶¹.

5329 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile Askeri Ceza Kanununa ek 8/2 maddesi gereğince; sırf askeri suçlar ile Askeri Ceza Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar için hükmolunacak hapis cezaları, seçenek yaptırımlardan hiç birine çevrilemez.

b. İcra ve İflas Kanunu Gereğince Hükmolunan Disiplin Hapis Cezaları ve Tazyik Hapsi

Disiplin hapsinin tanımı CMK'nın 2/1(j) maddesinde yapılmıştır. Buna göre, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverme hükümleri uygulanmayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapis cezası, disiplin hapsidir. Burada disiplin hpsinin tanımının verilmesinden ziyade disiplin hpsinin hukukî sonuçlarının belirtildiği görülmektedir.

Tazyik hpsinin tanımı ise, disiplin hpsi gibi CMK'nın 2. maddesinde yapılmamıştır. Ancak, uygulamada ve doktrinde, tazyik hpsinin de disiplin hpsi gibi, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanmayan, tekerrüre esas alınamayan,

³⁶⁰ 5239 Sayılı Kanun 31.03.2005 tarihinde kabul edilmiş, 06.04.2005 tarihinde yayımlanmış (25778 say. RG), ancak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁶¹ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Seçenek Yaptırımlar Sistemi, s. 70; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867.

şartla salıverme hükümleri uygulanmayan, ertelenemeyen, ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis cezaları olduğu kabul edilmektedir³⁶².

İcra ve iflas Kanunu gereğince hükmolunan, disiplin hapis cezaları ve tazyik (icbar= zorlayıcı) niteliğindeki hapis cezaları, kural olarak, TCK 50. maddede yazılı seçenek yaptırımlara çevrilemez ise de, bu kanuna göre verilmiş olan, disiplin hapsi ve tazyik hapsi dışındaki, hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilmesi durumunda ve diğer yasal şartların da bulunmasıyla, hapis cezası, TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlara çevrilebilir³⁶³.

c. Terörle Mücadele Kanunu

3167 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nın, 29.06.2006 gün ve 5532 Sayılı Kanun ile değişik 13. maddesi göre; “Bu kanun kapsamına giren sulardan dolayı verilen hapis cezası, seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak, bu hüküm, 15 yaşını tamamlamamış çocuklarla ilgili olarak uygulanamaz” biçimindeydi.

Bu maddede, 5739 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra³⁶⁴, 01.03.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere; maddenin başlığı içeriğine uygun olarak “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı” biçimine dönüştürülmüş ve madde içeriği, “Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak CMK'nın 231. 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” biçimine getirilmiştir.

Bu düzenlemeden sonra, hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşından küçük olması durumunda, hakkında verilen hürriyeti bağlayıcı ceza, seçenek yaptırıma

³⁶² UYAR Talih, İİK' da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunların Getirdiği Yenilikler, İzmir Barosu Yayını, s. 136.

³⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz: HALMAN ÇETİN, Emine, İcra ve İflas Suçları, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 26; YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, “İcra İflas Suçlarında ve Bunlara İlişkin Yargılama Hukukundaki Yeni Boyut Üzerine Gözlemler”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 2006/6, İstanbul 2006, s. 1679; HALMAN ÇETİN, Emine, İcra İflas Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 36.

³⁶⁴ RG: 01.03.2008 gün ve Sy. 26803.

çevrilebiliyor³⁶⁵, 15 ilâ 18 yaş grubunda bulunan çocuk suçluların, bu kanun kapsamına giren suçlarından dolayı haklarında verilen hapis cezası, seçenek yaptırıma çevrilemiyordu³⁶⁶. Nitekim, kanun koyucu, kamu oyundan gelen haklı serzenişleri de dikkate alarak, 25.07.2010 tarihinde yürürlüğe konulan 6008 Sayılı Kanun ile, madde metninde yer alan “onbeş yaşından küçük” ibaresini kaldırmıştır³⁶⁷. Bu nedenle, bundan sonra, bu kanun kapsamında kalan suçlar için, suç tarihinde 18 yaşından küçükler için diğer şartların da bulunması halinde, haklarında, CMK nun 231 nci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek, hükmolunan hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecek veya hapis cezaları ertelenebilecektir.

d. Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu

4422 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 16. maddesi gereğince, bu kanuna göre hükmolunan hapis cezaları, adlî para cezası ve diğer seçenek yaptırımlara çevrilemez.

e. Kooperatifler Kanunu Gereğince Yönetim Kurulu Üyeleri ile Memurları Hakkında Verilen Hapis Cezaları

24.04.1969 tarih ve 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunun ek 2. maddesi gereğince, Kooperatifler Kanununu ihlal eden kooperatif yönetim kurulu üyeleri ile memurlarının hürriyeti bağlayıcı cezaları para cezasına çevrilemez nitelikte idi. Nitekim 765 Sayılı TCK uygulanması sırasında verilen YGK kararında bu husus dile getirilmekle beraber³⁶⁸, karardan da anlaşıldığı gibi, 1163 Sayılı Kooperatifler Yasasına aykırılık

³⁶⁵ “Suç tarihinde 15 yaşından küçük olan sanık hakkında tayin edilen kısa süreli hapis cezasının, 3167 Kanunun 5532 Sayılı Kanun ile değişik 13. maddesi hükmü karşısında 5237 Sayılı TCK’nın 50/3. maddesi uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde zorunluluk bulunduğu düşünülmemesi yasaya akyadır” 9. CD., 14.11.2007 gün, 5789/8318 (METİNER/KOÇ, s. 1523).

³⁶⁶ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 596.

³⁶⁷ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, 25.07.2010 gün ve 27652 Sayılı RG’de yayınlanan 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 10. maddesi.

³⁶⁸ “...1163 Sayılı Kooperatifler Yasasına aykırılık suçlarından dolayı verilen ağır hapis hariç kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar, 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinde öngörülen koşulların bulunması halinde,

suçlarından dolayı verilen, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar, ancak para cezasına çevrilemezdi. Para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde, bir sakınca bulunmadığı kabul edilmekteydi³⁶⁹. Ayrıca, 30 güne kadar (30 gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaların, para cezası dışındaki diğer tedbirlerden (seçenek yaptırımlardan) birine çevrilmesinin ise bir zorunluluk olduğu karara bağlanmış durumdaydı³⁷⁰. Ancak, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanunun 340. maddesi ile 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunundaki paraya çevirme yasağı kaldırılmıştır.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI

Seçenek yaptırıma hükmedilebilmesinin üçüncü ve önemli bir koşulu da, kanaatimizce, CMK 251/7. maddesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü; Buna göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecek ise seçenek yaptırıma hükmolunamaz ve bu husus, bu nedenle seçenek yaptırımın bir genel koşulu olarak değerlendirilmek durumundadır.

CMK’da, 5728 Sayılı Kanunun 562. maddesi ile değişiklik yapılmak suretiyle, bir kısım düzenlemeler getirilmiş, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunun (ÇKK)³⁷¹ 23. maddesi değiştirilmiş, çocuklar hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile büyükler açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri bakımından paralel düzenlemeler yapılmıştır. Bunun yanı sıra, CMK’nın 231. maddesinin 7. fıkrasında “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek

her ne kadar 1163 Sayılı Yasanın Ek-2. maddesi uyarınca para cezasına çevrilemese de, 647 Sayılı Yasanın 4/1-2-3-4 ve 5. bentlerindeki tedbirlere çevrilebilir...” CGK, 30.12.2003 gün ve 7-298/306 (METİNER/KOÇ, s. 1504-1509).

³⁶⁹ 7. CD, 24.03.1994, 2230/2882 (YKD, C:20, S:6, s. 1011-1012) ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867, dp. 117.

³⁷⁰ “1163 Sayılı Yasanın ek 2/5. maddesi uyarınca hürriyeti bağlayıcı cezalar para cezasına çevrilemez ise de 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca 30 güne kadar (30 gün dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezası dışında diğer tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” 7. CD, 30.11.2001 gün, 16696/18748 (PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı İçtihatlı Özel Ceza Yasaları, Ankara 2003, s. 753).

³⁷¹ RG: 15.07.2005 gün ve Sy. 25876.

yaptırımlara çevrilemez” şeklindeki koşul, 5395 Sayılı ÇKK’da olmayan yeni bir düzenleme olarak CMK’nın 231. maddeye eklenmiştir³⁷².

Sonuç olarak; CMK’da 5728 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, sadece sonuç cezası 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olan hükümler bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına imkân tanındığı, 7. fıkrasında da açıklanması geri bırakılan hükümde, mahkûm olunan hapis cezasının ertelenemeyeceği ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği düzenlemesi getirilmiştir.

Kanaatimizce, bu koşul bile ismi ceza olarak konulmasa da seçenek yaptırımların, birer ceza olarak anlaşıldığının iyi bir delilidir. Çünkü, CMK’nın 231/7. maddesi hükmüne göre; açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez. Bunun yanı sıra, ertelenemez nitelikte görülen diğer ceza ise, kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan seçenek yaptırımlardır. Bir başka anlatımla, burada, hapis cezası ile seçenek yaptırımın, nasıl aynı bir tek hukukî kadere tabi oldukları görülmektedir. Çünkü, seçenek yaptırımlar güvenlik tedbiri değildir. Cezadır. Hükmün açıklanmasının ertelenmesi ile hükmün hukukî bir sonuç doğurmaması için burada hapis cezası ve seçenek yaptırımın zikredilmesi bir zorunluluğun ifadesidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bunu zorunlu kılmaktadır³⁷³. “Aksi takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır”³⁷⁴. Nitekim bu husus

³⁷² 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile TCK m. 231/6. fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir. (RG: 25.07.2010 gün ve Sy. 27652).

³⁷³ Farklı bir bakış açısı için bkz: “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile hâkim koşulların varlığı halinde, zaten sanığa takdir hakkını kullanarak cezayı şahsileştirmiştir. Sanığa daha fazla hak verilmesi, cezanın şahsileştirilmeye çalışılması sırasında cezanın etkisini kaybetmesine da yol açabilir. Bu nedenle böyle bir sınırlama getirilmesi çok yerinde bir düzenlemedir” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 167. Kanaatimizce böyle bir görüş yalnızca açıklanması geri bırakılan hükümde neden seçenek yaptırımın yer almaması gerektiğini açıklamaya yeterli olarak görüle bile, mahkûm olunan hapis cezasının neden ertelenmeye konu edilmediğini açıklamaya yeterli olmayacaktır. Çünkü esas itibarıyla kanun koyucu açıklanması geri bırakılan hükümde bir cezalandırma işleminin bulunmasını istememektedir. Bir başka anlatımla cezaî ilişkinin doğmasını istememekte, cezalandırma işlemini atıya bırakmaktadır. Bu nedenle hapis cezasının yanı sıra seçenek yaptırımların zikredilmesi bir tesadüf değildir. Seçenek yaptırımın ceza olması ile ilgilidir. Seçenek yaptırımların burada anılması bir zorunluluğun ifadesidir. Hükmün açıklanması geri bırakılmakla ceza içeren hüküm kurulmamaktadır.

³⁷⁴ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 587.

Yargıtay CGK kararı ile şu biçimde ifade edilmektedir³⁷⁵: “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukukî bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasden yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülöklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırarak, kamu davasının 5271 Sayılı CMK’nın 223. maddesi uyarınca düşürölmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğı ile, sanık ile devlet arasında cezaî nitelikte bir ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır”. Burada “cezaî nitelikte bir ilişkiyi sona erdiren düşme nedeni” ibaresi seçenek yaptırım bakımından önemlidir.

Bunun yanı sıra 6008 Sayılı Kanun³⁷⁶ ile CMK m. 231’de yapılan değışiklik sonrasında, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması sanığın bunu kabul etmesi şartına bağlanmıştır. Ancak, kanaatimizce, bu şart bile, yukarıda belirtilen Yargıtay kararında tanımlanan cezai ilişkinin mahiyetinde bir değışikliğe yol açmamaktadır. Çünkü, burada asıl önemli olan husus, seçenek yaptırımı hükmolunması durumunda ortaya çıkan ilişkinin cezai mahiyette olduğunun belirtilmiş olmasıdır. Bir başka anlatımla, seçenek yaptırımı hükmolunan her bir durumda meydana gelen ilişki cezai mahiyette demektir. Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararının verildiğı her bir durumda ise hapis veya seçenek yaptırımı hükmolunamayacağı için cezai ilişki kurulamayacak demektir.

§2. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİ

Seçenek yaptırımın türleri ile anlatılmak istenen, hangi seçenek yaptırımlara hükmolunabileceğidir ki, bunlar, TCK m. 50/1’de her biri ayrı bir bent halinde sayılmaktadır. Bu seçenek yaptırımlar sınırlı sayıdadır. Bunlar arttırılmaz ve bunlara benzer nitelikte de olsa başka tür seçenek yaptırımlar bulunup bunlara hükmetmek mümkün değıldir. Seçenek yaptırımların kanuniliğı ve seçenek yaptırımlarda kıyas

³⁷⁵ CGK, 03.06.2008 gün, 2-149/163.

³⁷⁶ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, 25.07.2010 gün ve 27652 Sayılı RG’de yayınlanan, 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile TCK m.231/6. fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir.

yasağı buna engeldir³⁷⁷. Seçenek yaptırımlar: adli para cezası, zararın tamamen giderilmesi, eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitmekten veya etkinlikleri yapmaktan yasaklama, ehliyet ruhsat ve belgelerin geri alınması ya da meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma biçimindedir.

I. ADLİ PARA CEZASI SEÇENEK YAPTIRIMI

A. Yabancı Hukuklarda ve TCK'da Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının Düzenlenmesi

1. Yabancı Hukuklarda Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımı

Hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi, Avrupa Hukuku bakımından, kendisine en sık başvurulmuş seçenek yaptırımlardan biridir denilebilir. Hapis cezasının hemen hemen tek alternatifi, uzunca bir zaman, para cezaları olmuştur³⁷⁸. Özellikle, küçük sayılabilecek suçlar bakımından, hapis cezası yerine para cezasının gerekliliği hususunda genel bir kanının var olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁷⁹. Mesela

³⁷⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 870; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 551; Örneğin; “Sanık hakkında tehdit suçundan tayin edilen hapis cezası 5237 Sayılı Yasanın 50/1 (d) madde ve fıkrası uyarınca tedbire çevrilirken, Yasada yer almayan ‘Bir yıl süreyle alkollü içecekler kullanmasının yasaklanmasına’ biçimindeki yasağa hükmolunamaz” 8. CD., 08.03.2007 gün, 3968/1803 (METİNER/KOÇ, s. 1534); Nitekim bu husus seçenek yaptırımların kanuniliği ve seçenek yaptırımlarda kıyas yasağı başlığı altında daha önce incelenmiştir.

³⁷⁸ Ceza, suç teşkil eden eylemin karşılığı olarak, devletin gösterdiği bir tepki olup, bununla, failin çeşitli hak ve yararlarının etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, cezalar, işlenen suçun niteliğine ve ağırlığına göre, failin yaşam hakkına, hürriyetine, mal varlığına ve şerefine yönelik olabilir ki hükümlünün malvarlığına yönelen yaptırımların en önemlisi ise para cezasıdır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 945; Hangi tür olursa olsun para cezasının saptanmasında bazı ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu ilkeler, 1) Para cezasının miktarı, suçlunun ödeme gücünden fazla olmamalıdır. 2) Yoksul bir kişinin ceza infaz kurumuna, varlıklı bir kişinin ise para cezasına çarptırılmasına engel olunmalıdır. 3) Suçlunun ödeme gücü, yalnızca para cezasının miktarının azaltılması bakımından bir etken olarak değerlendirilmesi gerekir. 4) Bir şirket görevlisi veya müdürüne, suçluluğu nedeniyle hükmedilen para cezasının şirket tarafından ödenmesinin önüne geçilmelidir. YÜCEL, Kriminoloji, s. 147.

³⁷⁹ Örneğin, Kanada’da, 2551 kişiye bazı sorular sorulması suretiyle yapılan bir araştırmaya göre; alışveriş merkezlerinden değeri 5 dolardan daha az olan bir eşyanın çalınması suçu (shoplifting) için sanığa, ceza verilmemesi gerektiğine inanlar % 3, sanığın uyarılması gerektiğine inananlar % 51, denetimli serbestlik tedbiri verilmesi gerektiğine inananlar % 15, kamu hizmetlerinde çalıştırılması gerektiğine inanlar % 11, hapis cezası verilmesi gerektiğine inanlar ise % 8 iken, sanığın para cezası ile cezalandırılması gerektiğine

Montesquie'ya göre, iyi bir kanun koyucu, ceza olarak para cezası ile diğer cezaları birlikte düzenleyebilmelidir³⁸⁰.

“ Al. CK §47/I'e göre; mahkeme, 1 aydan fazla ve altı aydan az kısa süreli hapis cezasına, fail üzerinde etkide bulunmak veya hukuk düzenini savunmak³⁸¹ bakımından bu cezaya mahkûmiyeti zorunlu kılan fiile veya failin kişiliğine ilişkin özel durumlar varsa, (ya da faillin) özel nitelikleri bunu zorunlu kıldığı takdirde hükmedebilmektedir. Bu koşullar bulunmadığı takdirde hapis cezasına değil, para cezasına hükmetme olanağı söz konusudur (Al. CK §47/II)”³⁸². Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın seçeneği olarak, para cezasının sahip bulunduğu büyük pratik önem dolayısıyla, para cezalarında yapılan reform yeni hukukun önemli bir ağırlık noktasını oluşturmuştur³⁸³.

Avusturya CK §37'de, 5 yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda, hükmolunan 6 aya kadar hapis cezaları için para cezaları leyhine biçimsel bir öncelik koşulu öngörülmekte, bu durumlarda, ancak, genel ve özel önleme koşulları zorunlu kılıyorsa hapis cezası verilebilmektedir³⁸⁴.

Benzer düzenlemeler, Portekiz CK m. 43 ve Polonya CK §54/I'de bulunmaktadır³⁸⁵.

İtalya'da, 1981 Tarihli Reform Kanunu, kısa süreli hapis cezaları için üç seçenek yaptırım öngörmüş, ancak, bunun için öncelik koşulu getirmemiş, söz konusu bu seçeneklere başvurulmasını hakimnin takdirine bırakmıştır. Buna göre, hakim, altı aya kadar hapis cezası yerine yarı özgürlük (semidetenziona), üç aya kadar hapis cezası

inananlar % 11 olarak bulunmuştur. WALKER, John/COLLINS, Marc/WILSON, Paul, How the Public Sees Sentencing: an Australian Survey, Australian Institute of Criminology, s. 2, (<http://www.aic.gov.au>), (erişim: 30.10.2009).

³⁸⁰ “A good legislator takes a just medium; he ordains neither always pecuniary nor always corporal punishments”, “İyi bir kanun koyucu orta yolu bulabilmeli, ne her zaman yalnızca para cezası ve ne de her zaman yalnızca bedeni cezalara yer vermelidir” MONTESQUIEU, s. 112.

³⁸¹ Genel önleme amacı 47. maddenin 1. fıkrasında, hukuk düzeninin savunulması (Verteidigung der Rechtsordnung = to defend the legal order = kamu düzeninin savunulması) kavramı altında açık olarak kanunda yer almış ve para cezasına öncelik hakkı tanınması kuralı bununla sınırlandırmıştır. JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 75.

³⁸² ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 273; YÜCEL, Kriminoloji, s. 215.

³⁸³ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 68.

³⁸⁴ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274 “Buna göre, suçun 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirmemesi durumunda 6 aya kadar (6 ay dahil) hapis cezasına, ancak genel veya özel önleme nedenleri bunu zorunlu kılıyorsa, hükmedilebilmektedir”; ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 933.

³⁸⁵ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274.

yerine denetimli özgürlük (*liberta controllata*) ve bir aya kadar hapis cezası yerine para cezasına hükmedebilmektedir³⁸⁶.

Fransa’da ise 1983 Tarihli Kanun, hapis cezasına seçenек olarak herhangi bir öncelik koşuluna yer vermeden gün para cezası öngörmektedir³⁸⁷.

ABD’de, para cezaları, birçok suç bakımından ve özellikle ilk kez ve daha az önemli sayılabilecek suçları işleyen suçlular için ortak sayılabilecek bir cezalandırma biçimidir. Küçük sayılabilecek uyuşturucu suçlarında (örneğin az miktarda mariuana bulundurulması), dükkanlardan yapılan hırsızlık (*shoplifting*), trafik suçları ile ilk kez olmak kaydıyla sarhoş bir halde iken araç kullanmak suçlarında, sanıklar, genellikle para cezası ile cezalandırılmaktadır. Daha önemli sayılabilecek suçların işlenmesi durumunda veya sanığın sabıkasının bulunması halinde ise, para cezası ile birlikte diğer cezalara mesela hapis, toplum yararına çalıştırma (*community service*) ve denetimli serbestliğe birlikte hükmolunabilmektedir³⁸⁸.

2. TCK’da Adli Para Cezası Seçenек Yaptırımının Düzenlenmesi

TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre adlî para cezasına çevrilebilir.

Adlî para cezası seçenек yaptırımının, diğer seçenек yaptırımlara nazaran bir önceliğı yoktur.

TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hapis cezası, adlî para cezasına çevrilebilirken, sanığın buna muvafakat edip etmediğı araştırılmayacaktır. Yani, Sanığın kişiliğı, sosyal ve ekonomik durumu veya yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun işlenilmesindeki özellikler dikkate alınarak, hakim, bu hükmolunun hapis cezasını, kendiliğinden para cezasına çevirebilir. Bu durumdaki egemen olan düşünce,

³⁸⁶ Hükümlünün her gün en az on saati infaz kurumunda geçirmesi fakat işine ve eğitimine de devam edebilmesi yarı özgürlük olarak isimlendirilmektedir. Hükümlünün, izin almaksızın, oturduğu yeri terk edememesi ve günde en az bir kez, polise bildirimde bulunmak zorunda olmasına ise denetimli serbestlik denilmektedir. ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274-275.

³⁸⁷ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 276.

³⁸⁸ STEINBERG, s. 1-2

hapis cezasının infaz edilmesi ile elde edilecek faydanın, bu sanık bakımından mümkün görülmemesidir.

TCK'nın 50/4. maddesi gereğince, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası, uzun süreli de olsa; bu ceza diğer koşulların varlığı hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak bu hüküm bilinçli taksir halinde uygulanamaz³⁸⁹.

Taksirli suçlardan dolayı verilen hapis cezası adli para cezasına çevrilebilir ve bu hapis cezasının bir üst sınırı da yoktur. Kanunun, Adalet Komisyonun da görüşülmesi sırasında, *Sözür* tarafından bu hususta bir sınırlama getirilmesi önerisinin dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır³⁹⁰.

Taksirli suçlardan verilen uzun süreli hapis cezası, kanunun açık anlatımı karşısında, ancak adli para cezasına çevrilebilir, maddede yazılı diğer seçenek yaptırımlara çevrilemez³⁹¹.

B. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımına Başvurulamayacak Hâl

TCK'nın 50/2. maddesi gereğince suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmiş ise bu ceza

³⁸⁹ “Suçun bilinçli taksir ile işlenmiş olması karşısında, 5237 Sayılı Kanun’un 4.maddesinin son cümlesi amir hükmün gözetilmeden, tayin olunan uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilmesi yasaya aykırıdır” 9. CD, 21.03.2007 gün, 7329/2342 (YALVAÇ, s. 384).

³⁹⁰ TBMM Adalet Komisyonunda madde hakkında yapılan görüşmeler sırasında, Ülkemizde özellikle trafik ve iş kazaları bakımından taksirli suçların çokça işlenen suçlar olduğu, bunlar için yedi yıla kadar varan hapis cezaları verilebildiği ve bunların da paraya çevrilebildiği gerekçe gösterilerek, taksirli suçlar için hükmolunacak hürriyeti bağlayıcı cezanın, adli para cezası seçenek yaptırımına çevrilmesinde de bir üst sınırın olması hususunda öneri de bulunulmuş, fakat öneri dikkate alınmamıştır. Yapılan görüşmelerin ayrıntıları için bkz: TBMM Adalet Komisyonu Görüşme Tutanağı (PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar, s. 350-354).

³⁹¹ “Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası, uzun süreli de olsa (örneğin; taksirle ölüme sebebiyet halinde hükmolunan dört yıl hapis cezası, TCK m. 85) sadece adli para cezasına çevrilebilir (TCK m. 50/4). Diğer bir anlatımla, 50 nci maddede yer alan tedbirlere çevrilemez. Çevirmenin gerçekleşmesi diğer şartların da (örneğin, suçlunun yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık) varlığına bağlıdır. Bilinçli taksirle işlenen suç karşılığı, uzun süreli hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza paraya çevrilemez (TCK m. 50/4, 2. cümle). Diğer bir anlatımla, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde, kısa süreli hapis cezasına hükmedilmişse bu ceza paraya çevrilebilir”. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 868; “Örneğin, TCK m. 85’e göre taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, beş yıl hapis cezası ile cezalandırılrsa dahi bu ceza adli para cezasına çevrilebilir” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 546; Aynı doğrultuda görüş için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1481.

artık adli para cezasına çevrilemez. Bu konu seçenek yaptırıma hükmetmenin şartları arasında, hapis cezasının bir niteliği olarak ele alınmış olmakla beraber³⁹², burada kısaca değinilecektir.

765 Sayılı TCK uygulamasında, özellikle 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesi gereğince, hükmolunan hapis veya hafif hapis cezalarının paraya çevrilmesinde benzer bir hüküm bulunmadığı için, bu husus, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı ile doldurulmuş durumdaydı. Yargıtay, bir eylem için uygulanacak kanun maddesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasından birinin tayini öngörüldüğü hallerde, mahkemece para cezası verilmeyerek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza tercih ve tayin edilmiş ise, bu cezanın 647 Sayılı CİHK'nın 4/1. maddesi uyarınca para cezasına çevrilmesinin mümkün bulunduğu karar vermişti³⁹³. *Dönmezer / Erman* tarafından ise bu kararın aksi yönünde görüş bildirilmişti³⁹⁴.

Bu nedenle, hükmün bir boşluğu doldurmak ve yeniden konuyu tartışılır olmaktan çıkartmak için konulduğu anlaşılmaktadır.

Madde metninde ceza olarak hem hapis ve hem de adli para cezasının öngörüldüğü durumlarda, hakim tarafından adli para cezası yerine, hapis cezası seçilmiş ise, artık bunun tekrar adli para cezasına çevrilmesindeki anlamsızlığı ortadan kaldırmak ve adli para cezası verilecek ise, hakim bu doğrudan doğruya ilk ceza uygulamasını yaparken seçmesini gerçekleştirmek maddenin asıl hedefi olarak ifade edilebilir.

TCK'nın 50/2. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası üzerine, Anayasa Mahkemesi, bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁹⁵.

³⁹² Bknz: Hapis Cezasının Seçenek Yaptırıma Çevrilebilir Nitelikte Olması.

³⁹³ YİBK, 24.12.1973 tarih ve 1973/3-5 (EKDEMİR, İbrahim, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara 1990, s. 1068.).

³⁹⁴ "...suç için kanunda yazılı ceza hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezası arasında, meselâ 526 maddede olduğu gibi seçimlik bir ceza olup da, hâkim de suç hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza hükmetmiş ise artık bu halde hürriyeti bağlayıcı cezayı para cezasına çevirmemelidir, zira, kanunun uygulanmasında esasen bu imkana sahip bulunduğu halde hürriyeti bağlayıcı cezayı tercih etmiş bulunması, hakim suçlunun kişiliğine sair hallere ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre' önceden hürriyeti bağlayıcı cezaya liyakat kesbettiğini ve bunun para cezasına çevrilmesi hususundaki şartları olayda görmediğini kabul etmiş bulunduğu neticesine varmak gerekir." DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 665.

C. Seçenek Yaptırım Olarak Adli Para Cezasının Hesaplanması

TCK m. 52 gereğince hükmolunacak adli para cezasının nasıl hesaplanması gerektiği gösteren düzenlemeden başka TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, bir seçenek yaptırım olarak hükmolunacak adli para cezasının nasıl hesaplanacağına dair farklı bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, verilen hapis cezasının TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesinin TCK'nın 52. maddesine göre olacağını ifade etmektedir³⁹⁶.

Hapis cezasının adli para cezasına nasıl çevrileceğini ise TCK'nın 52. maddesi göstermektedir.

Adli Para cezası TCK'nın 52. maddesinde: "...belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesi..." şeklinde tanımlanmaktadır. Bir gün karşılığı belirlenecek para cezası, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olup bu miktar kişinin ekonomik ve diğer şahsî halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir³⁹⁷. Bu şekilde bulunan bir gün karşılığı para cezası, hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis) cezası ile çarpılarak, toplam adli para cezasının miktarı tayin edilecektir. Örneğin; hükmolunan 6 ay hapis cezası, adli para cezasına çevrilecek ise, önce bir gün karşılığı esas adli para cezası, kişinin ekonomik durumu ve şahsî haline göre, mesela, en az miktarda ve 20 lira olarak belirlendikten sonra, 6 ay (180 gün) X 20 TL = 3.600 TL adli para cezası olarak hükmolunacak demektir³⁹⁸.

³⁹⁵ AY Mah.'nin 19.02.1009 gün ve 107/28 Sayılı Kararı.

³⁹⁶ "5237 Sayılı TCK'nın 50. ve 52. maddeleri uyarınca, hapis cezası adli para cezasına çevrilirken, beher günün 20 Türk Lirasından az olamayacağının gözetilmesi gerekir" 8. CD., 29.11.2006 gün, 3390/8721 (METİNER/KOÇ, s. 1539).

³⁹⁷ Adli para cezasının miktarının kişinin ekonomik durumu ile bağlantılı olarak tayin edilmesinin eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı çünkü, buna göre, aynı suçu işleyen farklı ekonomik durumu olan kimseler için farklı miktarlarda cezaların uygulanmasının mümkün hale geldiği ifade edilmiştir. BAYRAKTAR, Köksal, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri", Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara Eylül 2004, TBB Yayını, s.34-35; getirilen gün para cezası sisteminin isabetli bir seçim olduğu yolundaki görüş için bkz: ÇINAR, Cezalar, s.90.

³⁹⁸ "Day-fine (günlük para cezası) sistemi olarak adlandırılabilir olan bu sistem, İsveç, Almanya ve Avusturya Ceza Kanunlarında yer almaktadır. Bunun yanı sıra suçlunun mali durumuna göre para cezasının ayarlanması eski Türk ceza uygulamasına da yabancı değildir. Orta halli, fakir ve çok fakir olarak yapılan sınıflandırmaya göre, para cezası için belirlenen oranlar ise 4:3:2 veya 8:4:2:1 veya 10:5:3

Hürriyeti bağlayıcı cezanın, adlî para cezasına çevrilmesi işlemi, hapis cezasının tamamı üzerinden yapılacaktır. Hükümlünün daha önceki tarihte tutuklu ya da göz altında kalması veya yakalama müzekkeresinin infazı için hürriyetinden yoksun kaldığı tüm durumlarda geçirilen süreler de dahil olmak üzere, önce para cezasına çevrilecek, daha sonra bu süreler hükmolunan adlî para cezasından mahsup edilecektir. Ancak bu mahsup yapılırken tutuklukta ya da benzeri nitelikte hürriyetinden alıkonulduğu ya da gözaltında geçen süreler bakımından, geçen her gün için 100 TL esas alınacaktır (TCK m. 63).

D. Adlî Para Cezasının Ödenmesi İçin Hükümlüye Mehil Verilmesi

TCK'nın 52/4. maddesine göre; “Hakim, ekonomik ve şahsî hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adlî para cezasını ödemesi için, hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde, geri kalan kısmın tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği” hususu yazılacaktır. Buna göre, burada tartışılması gereken konu, TCK'nın 52/4. maddesinin doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezaları yanı sıra, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesi halinde de, uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Kanaatimizce, adlî para cezasının, doğrudan doğruya hükmolunması ile hapis cezasından çevrili adlî para cezasının her ikisinde de, 52/4. maddesi hükmü uygulanacaktır. Zira, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası seçenek yaptırımı için, farklı bir adlî para cezası düzenlemesi, yapılmış değildir. Adlî para cezasının hesaplanmasında ve diğer hususlarında, nasıl ki 52. madde uygulanmaktadır, bu halde de, yani 52/4. maddesi hükmü de seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası için uygulanacaktır.

vs şeklinde yapılmaktaydı” HEYD, E., *Studies in Old Otoman Criminal Law*, Oxford, 1973, p. 283 nakleden: YÜCEL, *Kriminoloji*, s.204, dp. 17.

Nitekim bu doğrultuda, Yargıtay CGK kararı bulunmakta olup, kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da taksitlendirilebilir³⁹⁹.

E. Adlî Para Cezasının Ertelenemezliği

Bir seçenek yaptırım olarak TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası, tıpkı doğrudan doğruya 52. madde gereğince hükmolunan adlî para cezası gibi ertelenemez. Zira, adlî para cezasının ertelenemeyeceği düzenleyen TCK'nın 51. madde açısından, hükmolunan adlî para cezasının, hangi tür adlî para cezası olduğunun bir önemi yoktur. İster doğrudan doğruya hükmolunan bir adlî para cezası, isterse hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın bir seçenek yaptırım haline dönüştürülmesi nedeniyle hükmolunan adlî para cezasının her ikisi de, 51. madde gereğince ertelenemez. Zira, 51. maddenin kenar başlığı hapis cezasının ertelenmesi olup madde gerekçesinde de “Bu düzenlemede, erteleme bir koşullu af olmaktan çıkarıp ceza infaz kurumu haline getirilmiş ve erteleme sadece hapis cezası bakımından öngörülmüştür” denilmek suretiyle bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

F. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımının İnfazı

TCK'nın 50. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezasına ilişkin seçenek yaptırım ile TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezasının infazı bakımından, özellikle 01.03.2008 tarih ve 5739 Sayılı Kanun⁴⁰⁰ ile TCK'nın 50. maddesinde ve 5275 Sayılı CGTİHK'da yapılan değişiklikten sonra, esas itibarıyla, bir fark kalmamıştır..

³⁹⁹ CGK, 05.02.2008 gün ve 2008/1129 Sayılı Karar; Aynı doğrultuda: “5237 Sayılı TCY ve 5275 Sayılı CGTİHY'da taksitlendirmeye engel bir hüküm bulunmadığı ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Tüzük'de hükümde taksitlendirme halinde bu adlî para cezasının nasıl infaz edileceğinin açıkça düzenlenmiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde; TCY'nın 50/1-a gereğince kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adlî para cezasının da taksitlendirilmesi yasal olarak olanaklıdır” CGK, 05.02.2008 gün, 274/18 (YALVAÇ, Gürsel, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s. 363-365).

⁴⁰⁰ RG: 01.03.2008 gün ve Sy. 26803

Bu Kanun ile yapılan değişiklikten önce, hem bir seçenek yaptırım olarak kısa süreli hapis cezasından çevrilen adlî para cezası ve hem de doğrudan doğruya bir ceza olarak hükmolunan (TCK m. 52) adlî para cezasının her ikisi de, 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106. maddesine göre infaz edilmekte idi. Ancak, bu maddeye göre seçenek yaptırım olarak infaz edilecek adlî para cezaları bakımından 50. maddenin 6. ve 7. fıkrası hükümleri ile ayrıksı bir durum yaratılmıştı. Özellikle adlî para cezasının yerine getirilememesi durumu için, 50/6. maddesi gereğince; hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması (yani ödemenin yapılmaması veya taksit varsa ilk taksidin ödenmemesi) veya başlanıp da devam edilememesi halinde, hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir şeklindeydi.

Buna göre; kısa süreli hapis cezasından çevrili seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının infazında, para cezasını içeren ödeme emrinin hükümlüye tebliği üzerine, 30 günlük yasal süre içerisinde, para cezasının ödenmemesi durumunda, kararı veren mahkemeden seçenek yaptırımın tekrar hapse çevrilmesi için karar istenilmesi ve alınan bu karardan sonra ise hükümlü hakkında yakalama emri çıkartılması gerekmektedir.

Hükümlünün yakalanması durumunda, para cezasının tamamını ödemek istese de bu artık kabul edilemiyor ve mutlaka cezanın artık hapis olarak infaz edilmesi gerekiyordu. Çünkü, hapis cezasına çevirme kararı TCK m.52 gereğince hükmolunan adlî para cezaları bakımından Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldığı halde, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası bakımından, hapse çevirme kararının hakim tarafından verilmiş olması gerekçe olarak gösterilmektedir. Ancak, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının ödenmemesi nedeniyle, hapse çevrilmesi durumunda, doğrudan doğruya hükmolunmuş adlî para cezalarından farklı olarak bu tür hapis cezasının infazında hükümlü, şartlı tahliyeden istifade ettirilmektedir.

5739 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile “5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “yaptırımın” ibaresi “tedbirin” olarak değiştirilmiştir.

5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile CGTİHK'nın⁴⁰¹ 106. maddesinin 4. ve 9. fıkraları aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

“(4) Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde, bu ceza hapse çevrilemez, bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır”.

(9) Adlî para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adlî para cezasıdır”

5739 Sayılı Kanunun 5 maddesi ile CGTİHK'nın 106/9. maddesinde yapılan değişiklik, aslında, madde metninde bulunan “ Türk Ceza Kanunun 50. maddesinin 1 fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere” ibaresinin metinden çıkartılması olup, ayrıca 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır

Yürürlükten kaldırılan bu onuncu fıkra göre ;“TCK'nın 50 nci maddesinin birinci fıkrasında (a) bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adlî para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedince fıkraları hükümleri saklı” tutulmaktaydı.

Buna göre; Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının infazı, TCK'nın 50/6. maddesi kapsamında çıkartılmıştır. 01.03.2008 tarihinden sonra, ilgili mahkemeden hapse çevirme kararı istenmeyecek, bu tür seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezalarının infazında da diğer adlî para cezalarında olduğu gibi, 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/3. maddesi hükmüne göre infaz edilecektir. 5275 Sayılı Kanunun 106/8. maddesi hükmüne göre, hükümlü, infaz edilmesi gereken cezasına karşılık gelen günler için belirlenen parayı öderse, hapis cezası artık infaz edilmeyecek ve hükümlü salıverilecektir. Ancak, cezanın infazı sırasında artık önceden olduğu gibi hükümlü şartlı salıverme hükümlerinden istifade edemeyecek, hapis cezası bihakkın infaz edilecektir.

Burada dikkate değer bir başka husus ise leyhe olan düzenlemenin uygulanması gerektiğidir. Buna göre;

a) Suç tarihi 01.03.2008'den sonra olan hükümlüler hakkında, 5739 Sayılı yasa ile getirilen yeni düzenleme bir bütün halinde uygulanacaktır⁴⁰². Bir başka anlatımla,

⁴⁰¹ 5275 Sayılı Kanun, 13.12.2004 tarihinde kabul edilmiştir. (RG: 29.12.2004 gün ve Sy. 25685).

hapisten çevrili adlî para cezasının ödenmemesi durumunda infaz, Cumhuriyet savcılığınca, mahkemenin çevirdiği miktar üzerinden hapse çevrilecek ve hükümlü hakkında yakalama müzekkeresi çıkartılacaktır. Hükümlü yakalanınca ve para cezasını ödemek isterse, bu ödeme kabul edilecek ve böylece hükümlü serbest kalacaktır. Para cezasını ödemek istememesi durumunda ise, cezaevine gönderilecek ve cezası bihakkın infaz edilecek, şartla tahliye hükümlerinden istifade edemeyecektir. Görüldüğü üzere 01.03.2008 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası ile TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunmuş bulunan adlî para cezası arasında infaz edilmeleri bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak, bunun doğru ve yerinde yapılmış bir değişiklik olduğunu söylemeye imkân yoktur. Zira, TCK'nın 52. maddesine göre hükmolunan adlî para cezasının ödenmemesi durumunda, çevrilen hapis cezasının infazı sırasında, hükümlünün şartla salıverme hükümlerinden istifade ettirilmemesinin sebebi, hükmolunan adlî para cezasının infazı için hükümlüyü icbar etmek, zorlamak olarak gösterilebilir. Çünkü, kendisine verilen ceza, başlangıçtan beri bir para cezasıdır ve bunun tam olarak infaz edilmesi esastır. Oysa, kısa süreli bir hapis cezasının adlî para cezası seçenek yaptırımına TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince çevrilmesinden sonra, bunun ödenmemesi durumunda, çevrilen hapis cezasının infazında şartlı salıverme hükümlerinin uygulanmaması doğru değildir. Zira, başlangıçta, yani kısa süreli hapis cezası, bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasına çevrilmemiş olması durumunda, hükümlünün şartla salıverme hükümlerinden istifade etmesi mümkündür. Bu nedenle, değişikliğin bu kısmı doğru ve yerinde bir uygulama olmayıp, bu açıdan, 5739 Sayılı Kanunundan önceki düzenlemenin daha yerinde ve seçenek yaptırım bakımından amaca daha uygun bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir. Bunun yanı sıra, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan hapis cezasından çevrili adlî para cezası niteliğindeki yaptırım için, hükümlünün, hakkında bu yaptırımın gereklerine başlanılmadığı, yani para cezası ödenmediği için yakalama müzekkeresi çıkartılması ve yakalanması üzerine, bu belirtilen parayı

⁴⁰² Nitekim leyhe olan düzenlemenin bir bütün halinde uygulanması, karma uygulama yapılmaması yolunda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Buna göre: "leyhe olan hüküm önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleri ile karşılaştırılması suretiyle belirlenir" 8.CD, 07.11.2006 gün, 4444/7969.

yatırmak istemesi durumunda, diğer adlî para cezalarında olduğu gibi, bunun kabulü ile hükümlünün cezaevine girmekten kurtulması imkânın tanınması son derece yerinde ve doğru bir uygulamadır. Çünkü, nihayetinde TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası ile 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan hapis cezasından çevrilen adlî para cezası seçenek yaptırımının her ikisi de birer ceza mahiyetindedir ve hükümlüler arasında bu hususta bir ayırımın yapılması doğru değildir. Bu nedenle, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasına mahkûm edilmiş olan hükümlünün, bunu ödemek istemesi durumunda, bunun kabul edilmesi gerektiği yolundaki bir düzenleme ile hem bu sonuca ulaşmak mümkün olacak ve hem de, seçenek yaptırıma mahkûm adlî para cezası hükümlüsünün, şartlı tahliyeden yararlanması imkânı tanınmış olacaktır.

b) Suç, 01.06.2005 tarihinden sonra, 01.03.2008 tarihinden önce işlenmiş ise, yani suç tarihi 5275 Sayılı CGTİHK yürürlük tarihinden sonra ve 5739 Sayılı değişiklik Kanunundan önce ise; hükümlü hakkında, kısa süreli hapis cezasından çevrili adlî para cezası ödemediği için, hakkında mahkemesinden hapse çevirme kararı alınmış ve halen yakalamalı olarak aranmakta olması durumunda, hükümlü hakkında, mahkemece alınmış bir hapis kararı bulunduğu için, önce mahkemesinden bu kararın hükümlü lehine olarak kaldırılması ve cezanın 5739 Sayılı Kanun gereğince adlî para cezası olarak infaz edilmesi için karar istenilmesi gerekecektir. Bu karardan sonra, adlî para cezası, infaz savcılığınca hapse çevrilecek ve hükümlü hakkında yakalama emri çıkartılacaktır. Hükümlünün yakalanması ve adlî para cezasının tamamını ödemesi durumunda, serbest kalacak, ödememesi durumunda ise, hapis infaz edilecektir. Burada TCK'nın 7/3. maddesi gereğince suç tarihi dikkate alınacak ve bu nedenle, hükümlü hakkında şartla tahliye hükümleri uygulanacaktır. Hapis cezası bihakkın infaz edilmeyecektir.

II. MAĞDURUN ZARARININ GİDERİLMESİ SEÇENEK YAPTIRIMI

Suçlar, toplumsal düzenin ihlali olmakla, tüm suçların genel mağduru, toplumun siyasi örgütlenmesinin bir ifadesi olan devlettir denilebilir. Bu nedenle af ve zamanaşımı

açıklanabilmektedir. Ancak, suç genel teorisinde, suçların genel mağduru olan devletin yanı sıra, ayrıca her suçun özel, mahsus bir mağdurunun olduğunu görülmektedir. Esasen, suçun mağdurundan anlaşılan, her suçta zorunlu olan, yani yokluğunda suçu oluşturmeyen, suçun, özel, mahsus mağduru. Suçun mağduru, suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukukî değer veya menfaatin hamili olan kimse olarak tanımlanmaktadır⁴⁰³.

A. Mağdurun Zararının Giderilmesinin Tarihi Gelişimi ile Uluslararası Düzenlemelerdeki Yeri

1. Mağdurun Zararının Giderilmesinin Tarihi Gelişimi

Aslında en ilkel zamanlarda, suç mağdurunun, sanığı, bizzat, cezalandırması gerektiği yolundaki kural, uzun bir süre uygulanmıştır. Tüm ilkel toplumlarda görüldüğü üzere, sanığın, suç kendisine karşı işlenmiş olan kimse veya bunun yakınları tarafından bizzat cezalandırılması gerektiği yolundaki kural, ancak, çok daha sonraları ve belki de, site devletlerinin ortaya çıkmasından sonra, yavaş yavaş, ortadan kalkmaya başlamıştır⁴⁰⁴. Çünkü, aile bağlarının çok güçlü olduğu bu dönemlerde, kabilelerin örgütlenmesi söz konusu olmakta, suç esasen aileye karşı işlenmiş olarak kabul edilmekte, bunun cezalandırılması yine suçun kendisine karşı işlendiği kabul edilen kimsenin ailesi, yakınları tarafından yerine getirilmekteydi. Sanık ve mensubu olduğu ailesi işlenen fiilden ortak bir biçimde sorumlu tutulmaktaydı⁴⁰⁵. Suç işlemiş olan sanığın, suç kendisine karşı işlenmiş olan kimse ya da onun yakınları tarafından cezalandırılmasından vazgeçilmesi, önce, ferdin kuvvetini nasıl kullanacağını kontrol edilmesiyle başlamıştır⁴⁰⁶. Bu ölç almanın belli bir ölçü içinde yapılması veya buna bir sınır getirilmesi anlamına gelmekte olup, bu dönemde ancak verilen zarara eşit miktarda

⁴⁰³ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda da Bu Fıkra Uygulanır Hükmü Hakkında”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, s. 861.

⁴⁰⁴ Ceza yaptırımının tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: SEVİĞ, Vasfi, Raşid, Ceza Tarihi Menşei, AHFD, Cilt XII, sayı 3-4, s. 9-49.

⁴⁰⁵ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 10.

bir zararın verilmesi gerektiği yani kısas kuralının işlerlik kazanmaya başladığı dönem olarak tanımlanabilir⁴⁰⁷. Kısas döneminden sonraki aşama ise mağdur veya yakınlarına bir diyet ödenmesi esasının kabul edilmesidir⁴⁰⁸. Daha sonra, mağdur olanın yerine, doğrudan doğruya devlet veya geçerli olan siyasi otorite tarafından cezalandırılması gerektiği şeklindeki kuralın, geçerlilik kazanması ile birlikte, mağdur ve mağdurun yakınlarının, maddi ceza hukuku ve ceza yargılamasındaki durumları gerilemeye başlamıştır denilebilir.

Salt mağdurun himayesi, zararının giderilmesi kavramı aslında tarihi seyri içerisinde incelenecek olursa, Hamurabi Kanunlarına kadar götürülebilir. Örneğin, bu kanunlara göre, bir kimsenin öküz, koyun, domuz veya bir kayık çalması durumunda, eşya tanrıya ait ise otuz katını, köylüye ait ise 10 katını vermek zorundadır. Hırsızın bu ödemeyi yapmaya gücünün yeterli olmaması durumunda öldürülmesi gerekecektir. Hırsızın yakalanamaması durumunda ise, site yöneticisinin, mağdurun akrabalarına gümüş vermesi esası kabul edilmiştir⁴⁰⁹. Yaralama suçunu işleyenler, Hamurabi Kanunlarına göre, yaralananın bakım masraflarına mahkûm edilmekteydi⁴¹⁰.

Roma Hukukunda hırsızlığa konu mahsulün dört misli ilavesi ile iade edilmesi ve böylece haksız verilen zararın tazmini, Alman Hukukunda, “Wehrgeld” kavramında ifadesini bulmaktadır⁴¹¹.

Eski Türkler zamanında, mağdurun zararının giderilmesi, devlet tarafından tanınmış olmamakla birlikte, toplumda geleneksel şekilde belirmiş ve mahalle sakinlerinin birinin hırsızlık sonucu çalınan malını, mahallenin diğer sakinleri tazmin etmekle mükellef tutulmuşlardır⁴¹².

⁴⁰⁶ UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 221

⁴⁰⁷ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 12.

⁴⁰⁸ Ölüm ya da yaralama olaylarında mağdurun ailesine ödenen paraya “wer”, ya da “wergil”, bunun dışındaki suçlar için mağdura ödenen paraya “bot” denilmiş, kral veya lorda ödenen bir tür para cezası ise “wite” olarak isimlendirilmiştir. SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 12.

⁴⁰⁹ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 12-13.

⁴¹⁰ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 13.

⁴¹¹ YÜCEL, Kriminoloji, s. 180-181.

⁴¹² DANIŞMENT, İ., Hakkı, Eski Türk Seciyye ve Ahlâkı, İstanbul, s.48-51 nakleden: YÜCEL, Kriminoloji, s. 181.

İslam Hukukunda kisasın uygulanmayacağı durumlarda bunun yerini diyet almış, diyet ise failin erkek tarafından akrabaları (ki bunlar akile olarak adlandırılmaktadır) tarafından ödenmiştir⁴¹³.

Avrupa’da mağdur veya mağdur yakınlarının alması gereken tazminat, para veya benzeri ödemeleri zamanla derebeyi ya da kilise almaya başlamıştır. Daha sonra, bu her iki otoritenin gücünü artırması ile mağdur veya mağdur yakınlarının aldıkları paylar son derece küçülmüş ve gittikçe bunlar hiçbir şey alamaz konumuna gelmişlerdir. Zamanla cezaların miktarı artıkça, faillerin bunu ödeyememesi nedeniyle kanun dışı ilân edilmeleri ve esir olarak satılmaları gündeme gelmeye başlamıştır. Daha sonra, mağdurun yerini yalnız kilise ve lord değil devlet almıştır. Din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasından sonra, cezaların tamamen kamusal bir nitelik kazandığı ve artık devlet tarafından alındığı anlaşılmaktadır. Bundan sonra mağdurun konumu zamanla daha da zayıf bir hale gelmiş, buna karşın devlet cezalandırma yetkisini tamamen ele geçirmiştir⁴¹⁴.

Daha yakın tarih için, mağdurun zararının giderilmesi hususu, hiç kuşku yok ki, sanık haklarının yeterince incelenmesi hususundan daha sonra, ortaya çıkmış gibi görünmektedir. Zira, ceza hukukunda ve özellikle ceza usul hukukunda, sanık haklarının gelişimi, hiç kuşku yok ki, insan haklarının gelişimi ile bir bütünlük ve paralellik göstermektedir.

Ceza yargılama hukukunda, sanığın, bir obje olarak kabulü yerine, bir özne olarak kabul edilmesi, uzun bir zaman almış ve çok meşakkatli bir tarihi gelişim göstermiştir. Sanık haklarının halen devam eden bir biçimde artırılması ya da gerçek anlamı ile korunması gerektiği, savunulmaya devam etmektedir. Sanık haklarının böyle önemsenmesi bir tarafa, belki de sanık kadar önem arz eden bir biçimde, suçun diğer tarafını oluşturan suç mağdurlarının da, hakları olması gerektiği, ya da en ileri biçimiyle, mağdurun da yargılamanın bir öznesi olması gerektiği yolundaki görüşler de artık dile getirilmeye başlanılmıştır⁴¹⁵. Mağdur da, davanın basit bir sebebi, hatta bahanesi, bir

⁴¹³ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 14.

⁴¹⁴ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 14-16.

⁴¹⁵ Bu hususta Alman Hukukundaki son gelişmeler ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bakınız ; SCHÖCH, Heinz, “Mağdurun Korunması – Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması”,

kanıtlama aracı, acı çekerek ve aşağılanarak, davanın unutulmuş tarafı değildir. Her ne kadar, yargılama, hala, avukatın yanındaki sanık ile savcı arasında temsil edilen, sanık ile toplum arasındaki bir çekişme olarak görülse bile, mağdur, onarıcı adalet (iyileştirici adalet = restorative justice)⁴¹⁶ anlayışı içerisinde, davadaki aktördür⁴¹⁷. Hukuk devleti ve insan hakları teoremleri ile suç işlediğinden şüpheli edilen kimselerin haklarının korunmasının yanı sıra, bu madalyonun diğer yüzünde bulunan suç mağdurlarının da korunması gereken haklarının bulunduğu kabul edilmektedir⁴¹⁸. Günümüzde kamu yararına çalıştırma, müzakere, arabuluculuk, fail mağdur arasındaki uzlaşmanın yanı sıra, onarma kararları ve mağdurun zararının tazmin edilmesi ile iade, onarıcı adaletin türleri olarak gösterilmektedir⁴¹⁹.

Genel kabul gören geleneksel görüşe göre, ceza hukukunun esas amacı, failler belirlenebildiği takdirde, onları cezalandırmak olup böylece suç ile bozulan kamu düzeninin onarıldığı düşünülmekte, devletin sorumluluğu da burada bitmektedir ki buna ceza adaleti veya hukuksal adalet denilmektedir⁴²⁰. Bu görüş içerisinde, devletin, mağdurun veya onun ölümü halinde ailesinin uğradığı zararlar dolayısıyla bir sorumluluğu olamaz. Bu anlayış içerisinde, suçtan zarar görenler için esas itibarıyla iki seçenek kalmaktadır. Buna göre; ya geleneksel hukuk kuralları gereğince hukuk mahkemelerine giderek uğradıkları zararların tazminini suç failinden isterler ya da bazı kanunların verdiği imkânlar çerçevesinde, ceza mahkemelerinde görülmekte olan ceza davasına müdahale yoluyla katılarak, hem failin cezalandırılmasını hem de ceza mahkemesinin

(Çev.: Ayşe NUHOGLU), Suç Politikası, Roxin'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Seçkin Yayınları, Ankara - 2006, s. 117-131.

⁴¹⁶ Klasik yaklaşımda, suçun önlenmesi ve kovuşturulması esas amaçtır. İyileştirici adalet ise mağdur ve failler ile yakından ilgilenerek onların ortaya çıkan çatışmalarına neden olan problemlerini araştırır. İyileştirici adalet sistemi üç esas temele dayanır. Suç, mağdura, failin bizzat kendisine ve topluma zarar veren bir fiildir. Mağdur, fail ve toplum, bu nedenle ceza adaleti sistemi içerisinde, devletin yanında aktif olarak yer almalı, katkıda bulunmalı ve çözümü onlar sağlamalıdır. YENİSEY, Feridun, "Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocukların İşledikleri Suçlar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar", Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, s. 1444; Ceza adaletinin bu şekilde sağlanması onarıcı adalet (restitutive justice) olarak tanımlanmaktadır. SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51; SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 2-3.

⁴¹⁷ BOLLE, Pierre-Henri, Demokratik Ceza Sistemine Yönelik Tehditler, (Çev.: Güçlü AKYÜREK), Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 521.

⁴¹⁸ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 2.

⁴¹⁹ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 305; SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 3.

⁴²⁰ SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 1.

suç dolayısıyla uğranan zararı karşılayacak bir tazminata hükmetmesini isteyebilirler. Ancak bu her iki usul de, suç mağduru bakımından tatmin edici değildir. Bu sebeple, hukuk düzenleri ceza uygulamasına ilişkin değişik kurumlar bakımından, faili mağdurun zararlarını ödemeye zorlamak için, yeni bir takım hüküm ve müesseseler getirmeye çalışılmışlardır⁴²¹. Türk Mevzuatında da 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesi ile, hakime, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine aynen iade veya tazmine hükmedebilmek yetkisinin tanınması böyle bir cabanın ürünüdür⁴²². Ancak bu yasal düzenlemeye rağmen bu seçenek yaptırım yeterli etkinlikte uygulanamamış, hapis cezasının paraya çevrilmesi daha çok tercih edilen genel bir uygulamaya dönüşmüştür.

Suç kendisine karşı işlenmiş olan kimse veya onun yakınlarının sanığı cezalandırmaları kuralından vazgeçilmesi, mağdur veya suçtan zarar göreninin, ceza yargılamasında veya ceza hukuku içerisinde, hiçbir hakkının bulunmayacağı anlamına gelmez.

“1950’lerden itibaren Suç Sosyolojisi konusunda yer alan çeşitli eser ve araştırmalarla bir kısım bilim adamlarının gösterdikleri caba sonucudur ki, suç mağdurunun haklarına da ceza hukukunda yer verilmesi gerektiği yeniden kabul edilmeye başlanmıştır⁴²³. İngiliz Ceza reformcularından *Margery Fery*, çok daha eski dönemlerde mağdura tanınmış bulunan haklarını yeniden tesisini önermiş ve özellikle mağdurun mutad usullere göre hakların hukuk mahkemelerinde elde etmeye çalışması

⁴²¹ Hukuk düzenleri, hukuk kuralları ve bu kurallara uymayanlara karşı kullanılacak çeşitli yaptırımlar (tazminat, aynen ifa, icra veya ceza gibi) ve bu yaptırımlar hakkında karar verecek ve uygulayacak zorlama örgütü ya da zorlama araçlarının toplamından meydana gelir. KARAYALCIN, Yaşar, Hukukta Öğretim – Kaynaklar - Metod, Genişletilmiş 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı Yayını, Ankara 2001, s. 110.

⁴²² Bunun yanı sıra, 765 Sayılı TCK 93. maddesi, cezaların tecili kararının infazını, şahsî hakkın mahkûm tarafından rızasıyla ödenmesine veya şahsî hakkın sağlanmasına ertelenebileceği hükmünü koymuştur. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s.433.

⁴²³ DRAPKIN/VIANO, Victimology, A New Focus, Cilt 1, 1973, nakleden: DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 432; Bazı kişilerin sık sık soyulması, hakaret ve tecavüze uğraması veya diğer suç türlerinin mağduru olması karşısında, mağdur ile suç arasındaki ilişkinin ayrıntılı bir biçimde saptanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, çoğunlukla, suç mağduru olan kişilerin bu durumunun bir rastlantı sonucu olup olmadığı; mağdur ile suç arasındaki ilişkinin yoğunluk derecesi ve mağdur tipolojisinin belirlenmesine çalışılmıştır. YÜCEL, Kriminoloji, s. 173; Bu açıdan bakıldığında mağdurlar; tahrikçi mağdurlar, iştirakçi mağdurlar, sahte mağdurlar ve potansiyel mağdurlar olarak bir ayrıma tabi tutulmuşlardır. YÜCEL, Kriminoloji, s. 174-175.

yerine, daha etkili bir takım önlem ve hükümlere olan ihtiyacı belirtmiştir⁴²⁴. *Margery Fery*'nin 1955'lerde başlattığı bu hareket, önce Yeni Zelanda'da etkisini göstermiş ve bu Ülke, 1963 yılında, suçun zararlarını tazmin amacı güden ve bu maksatla bir araç teşkil edecek olan ilk mahkemeyi kurmuştur⁴²⁵. İngiltere'de, 1965 tarihinde ise, İşçi Partisi Hükümetinin, Suçtan Zarar Görenlerin Tazmini Komisyonu (The Criminal Injuries Compensation Board) kurulmuş ve bu kurum benimsenmiştir⁴²⁶.

Suç mağdurlarına tazminat verilmesi İngiliz *Schafer* tarafından yapılan bir çalışmada incelenmiştir⁴²⁷.

2. Mağdurun Zararın Giderilmesi Hakkındaki Uluslararası Düzenlemeler

1985 Yılında, Avrupa Konseyi, Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı (R 85 11) almış, bu tavsiye kararı doğrultusunda birçok ülkede konu ile ilgili çalışmalar yapılmaya başlanılmıştır⁴²⁸. Bu kararın D 12'nci paragrafına göre⁴²⁹, cezanın biçim ve miktarı belirlenirken, mağdurun tazminat gereksinimi ile failin tazminat ödeme gücü ya da vermiş olduğu tazminat göz önünde bulundurulmalıdır. Mağdurun maruz kaldığı zarar ve kayıplara ilişkin bütün bilgiler mahkemeye verilmelidir⁴³⁰. Aynı tavsiye kararının D.10 ncu paragrafına göre; "Ceza muhakemesinin suçluyu faile tazminat ödemeğe mahkûm etmesi mümkün olmalıdır. Buna uygun olarak mevcut sistemde yer alan sınırlamalar, kısıtlamalar veya teknik

⁴²⁴ Bir yargıç olan FERY, faillerin mağdurlara tazminat ödenmesine mahkûm edilmeleri gerektiğini savunmuş, bunun kabul edilmemesi ve suç faillerinin hükümlenilecek böylesi bir cezayı ödemek hususunda maddi kaynağa sahip olmadıkları gerekçesiyle, mağdurlara devletin ödemede bulunmasını önermiştir. SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 9.

⁴²⁵ İngiltere'de 1964'te, aynı yola girmiştir. Amerika'da California, New York, Massachussets, Maryland eyaletleri suç mağduruna tazminat vermek zorunluluğunu kabul eden mevzuatı yürürlüğe koymuşlardır. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 432; Avusturalya, 1967 ve 1976 tarihlerinde mağdurlara tazminat verilmesini düzenleyen yasaları mevzuatına katmıştır. SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 9.

⁴²⁶ İngiliz sisteminde, tazmin nedeniyle yapılan ödeme, kanuni bir temelden ziyade, lutufa (ex gratis) dayanmaktadır. Yani, bu ödeme yasa tarafından değil, fakat hükümet tarafından saptanmış ilkelere göre yapılmaktadır. YÜCEL, Kriminoloji, s.184.

⁴²⁷ SCHAFFER, S., *Restitution to Victims of Crime*, London, 1960, (YÜCEL, Kriminoloji, s. 181)

⁴²⁸ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 11.

⁴²⁹ Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 314-355 ; kararın İngilizce metni için bkz, aynı eser, s. 363-368.

⁴³⁰ SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 326.

engeller kaldırılmalıdır”⁴³¹. D 11’nci paragrafa göre ise; “Yasalar tazminatı ya bir ceza veya ceza yerine geçen bir seçenek ya da cezanın yanında hükmolunacak şekilde düzenlemelidir”⁴³²

Mağdur haklarını koruyan uluslararası düzeyde kabul gören bu gibi metinlerin sayısal olarak artırılmasının yanı sıra, bu tür metinlerin içeriğinde bulunan mağdur haklarının da güçlendirilmesi de son derece önemlidir. Bu aşamada, uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinin birbirlerini karşılıklı olarak etkilemesi de kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır⁴³³.

Kanaatimizce, 5237 Sayılı TCK’nın 50/1 (b) maddesinde yer alan mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımı, tam olarak tavsiye kararında belirtilen, mağdurun tazminat gereksinimi göz önünde bulundurularak oluşturulmuş bir cezalandırma şeklidir.

Suç Mağdurlarının Korunması Yasa Tasarısı Adalet Bakanlığınca, hazırlanmış olup, tasarı kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınabilmesi bakımından Bakanlığın internet sitesinde yayınlanmış bulunmaktadır⁴³⁴.

B. Mağdurun Zararının Giderilmesinde Başvurulabilecek Diğer Ceza ve Ceza Usul Hukuku Yolları

Mağdurun zararının giderilmesinde başvurulabilecek olan yollar, mağdur veya suçtan zarar görenlerin, ceza yargılaması içerisinde önemsenmesi, belki davaya bir katılan olarak müdahale etmesinden, ceza yargılamasında, bir özne olarak kabul edilmesine kadar, değişik bir yelpazede kendisini gösterebilir. Bu değişiklikler, ceza usul hukukunun, mağdura ne kadar hak tanınması gerektiği ile alakalı olup, her bir hukuk sistemi içerisinde, kanun koyucunun, tercihi göre değişiklikler gösterebilir⁴³⁵. Bu

⁴³¹ SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 8.

⁴³² 11-28 Haziran 1985 Tarihli Avrupa Konseyinin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna İlişkin Olarak Tavsiye (R 85 11) kararının tam metni için bkz: SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji, s. 366-368.

⁴³³ İLİMOĞLU, Kasım, “Mağdur Haklarının Bölgesel Düzeyde ve Uluslararası Mahkemelerde Korunması”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 135.

⁴³⁴ Tasarının tam metni ve gerekçesi için bkz: www.wkgm.adalet.gov.tr/gg.html

⁴³⁵ Ceza hukuku açısından dünyada başlıca dört sistem bulunmaktadır. Bunlar; Romano Cermanik, Anglo Amerikan (Common Law), Sosyalist ve İslam hukuk sistemleridir. Bunlardan Romano Cermanik, Anglo

değişiklikler ise, her ülkenin, ceza hukukunun gelişim yönü ile de sıkı bir bağ içerisinde ve toplumun, suçtan zarar gören veya mağdura bakış açısını yansıtmaktadır. Örneğin, suçtan zarar görene, kamu davasına müdahale (katılım) hakkının tanınması veya mağdura ceza hukuku kuralları içerisinde bir savcı gibi kendi kişisel haklarını savunma hakkının tanındığı şahsî dava açma hakkının⁴³⁶ tanınması gibi müesseseler mağduru ceza yargılaması içerisinde önemseyen kurumlardır⁴³⁷.

Amerikan (Common Law) hukuk sistemleri, günümüzde, ortak suç ve ceza siyasetini benimsemiş ve böylece çağdaş bir tutumu yansıtmaktadırlar. Sosyalist sistem olarak adlandırılan diğer üçüncü sistem ise özellikle Sovyetler Birliğinin dağılmasından ve doğu Avrupa'daki sosyalist devletlerin demokratik Avrupa toplumlarına katılmalarından sonra aynı ortak siyasete yönelmiş bulunmaktadır. Buna karşılık, İslam hukuk sisteminin ise büyük ölçüde Kuran olmak üzere diğer İslam hukuk kaynaklarına dayanmakta ancak çağa uygun biçimde düzenlenen diğer bazı kanunlardan da etkilenir görünmektedir. 19. yüzyılın ilk yarısından itibaren Osmanlı İmparatorluğunun başlattığı batı kanunlarının resepsiyonunu ve cumhuriyetin getirdiği laiklik ilkesi gereğince, Türk Ceza Hukukunun, Romano Cermanik sisteme yaslanmış görünmektedir. DÖNMEZER, Sulhi, İyi Bir Ceza Kanunu (Son Çalışmaları), Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 157.

⁴³⁶ Şahsî dava hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; YURTCAN, Erdener, Şahsî Dava ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 1985; 1412 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, kanunun 344 üncü maddesi gereğince, kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan bir kısmının, şahsî dava yoluyla, o suçtan zarar gören kişi tarafından bizzat kovuşturulması mümkündür. Bu suçlar mülga (1412 Sayılı) CMUK 344 üncü maddesinde sayılmıştı. Dava, şahsî davacının, açmak üzere, suçun niteliğine göre, sulh veya asliye hakimine verdiği dava dilekçesi ile mümkün olmakta, dilekçenin bir sureti, bilgi edinilmesi için savcılığa gönderilmekteydi. Suçun işlenilmesinden daha önce haberi olmaması durumunda savcı, böylece suçu öğrenmiş olmakta ve kamu davası yolu ile kovuşturmada toplum açısından fayda görürse, şahsî davayı kamu davasına dönüştürebilmekteydi. YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Baskı, İstanbul, 1993, s. 110-111.

⁴³⁷ Örneğin; Türk Ceza Usul Hukuku açısından : “CMK olayın cumhuriyet savcılığına intikalinden itibaren mağdur veya şikayetçiye haklarının korunması imkanını vermiştir. Gerçekten olay cumhuriyet savcılığına intikal ettikten sonra, savcı şikayetçi veya mağduru dinlemek üzere çağıracaktır. Çağrı üzerine hazır bulunan mağdur veya şikayetçiye hakları hatırlatılacaktır. Tutanağa yazılacaktır. Çağrılma işlemi, çağrı kağıdı, telgraf, faks, elektronik posta yollarıyla yapılacaktır. Aynı işlem, olay mahkemeye davanın açılması yoluyla intikal ettikten sonra mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından da yapılacaktır. Görülüyor ki kanun sanık hakları ile mağdur hakları arasında paralellik kurmuştur. Mağdura yapılacak çağrıda gelmemenin sonuçları belirtilecektir. Bu sonuçlar, hak kayıpları ve haklarını kullanmama olacaktır (CMK 233/2, 43/1)...soruşturma evresinde mağdur veya şikayetçi delillerin toplanılması, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla cumhuriyet savcısından belge örneklerini isteyebilecektir.... Bu evrede mağdur, baro tarafından kendirinse bir avukat görevlendirilmesini isteyebilecektir. Mağdur veya şikayetçi vekili soruşturma dosyasını inceleyebilecek, istediği belgelerin bir örneğini harç ödmeden alabilecektir. Müdahilin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi sınırlandırılabilir (CMK 153/2). Mağdur veya şikayetçi Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına karşı da itiraz edebilecektir (CMK 234/5)....Kovuşturma evresinde; mahkeme veya hâkim çağrıya uyarak hazır bulunan mağdur veya şikayetçiye haklarını hatırlatacak ve bunu tutanağa geçirecektir. Söz konusu haklar, duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanık davet ettirme, vekili yoksa baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, davaya katılmış olmak koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurmaktır” SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 460-462.

Yukarıda belirtilen, açılmış bir kamu davasına müdahale etme hakkı veya mağdurun, suçun sanıklarına karşı şahsî dava açma hakkının tanınması, aslında her zaman, mağdurun, kendisine karşı suç işlediğini iddia ettiği kimsenin cezalandırılmasını amaçladığı, bunu devletten istediği kurumlar olarak görülebilir. Salt sanığın cezalandırılması ise, hiç kuşku yok ki, mağduru, bir dereceye kadar tatmin eder ve özellikle bu tatmin, sanığın, yaptığıının ceremesini çekmesi mantığına dayanan veya kefarete olarak adlandırılabilir bir sonuç doğurmaktadır. Yani, sanığın cezalandırılması ile mağdur bir anlamda tatmin olabilmektedir. Ancak, salt sanığın cezalandırılması, yeterli olmayacaktır. Özellikle, mağdurun zararının giderilmesi, mağdur açısından son derece önemlidir ve bazı mağdurlar için, söz gelimi, suçun işlenmesi ile büyük bir mali kayıp yaşamış olan mağdur açısından, sanığın, şu veya bu şekilde ve hatta hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması yeterli olmayabilir. Zira, onun için, asıl olan zararının olabildiğince etkin bir biçimde giderilmesi olabilir.

Mağdurların maruz kalmış oldukları zararların giderilmesi günümüzde oldukça yaygın olarak kullanılmakta ve ceza adaletinin bu surette daha iyi bir şekilde gerçekleştirilebileceğine inanılmaktadır. Gerçekten de mağdurun zararının giderilmesi cezanın ve iyileştirmenin amaçlarına çok uygun bir yaptırım olarak görülmektedir⁴³⁸. Diğer yaptırımlardan farklı olarak burada suçluya bir şey yapılmamakta, suçlunun bir şey yapması istenilmekte olup, burada suçlu devlet ilişkisi değil, suçlu mağdur ilişkisi söz konusu olmaktadır. Gerçekten de suçlu olsun, mağdur olsun bunlar suç ile yakın ilişkisi olan kimselerdir. Bu toplumsal ahengi, uyumu sağlayacak, suçluda bir toplumun parçası olduğu bilincinin oluşturulmasıdır. Suçlu zarar verdiği kişinin bir insan olduğu bilincine varmalı, ona ne denli acı ve üzüntü verdiğini görme imkânı bulmalıdır⁴³⁹.

Mağdurun zararının giderilmesi, görüldüğü üzere, son derece geniş ve hatta hem ceza usul hukuku içerisinde ve hem de maddi hukuk içerisinde, uzantıları olan, kapsamlı

⁴³⁸ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Arayışları, s. 334; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51; SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 2.

⁴³⁹ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Arayışları, s. 334; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51.

bir konu olup, bir bütün olarak ele alındığında, geniş ve kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir⁴⁴⁰.

Burada; mağdurun zararının giderilmesinin, maddi hukuk açısından en önemli yansıması olan, mağdurun zararın giderilmesi seçenek yaptırımını üzerinde durulacak ve yeri geldikçe mağdurun zararının giderilmesinde önem arz eden diğer konulara da değinilecektir. Bu nedenle, mağdurun zararının giderilmesine yönelik ceza ve ceza usul hukuku müesseselerine kısa bakmakta fayda vardır.

1. Şahsi Hak Davası Yoluyla Mağdurun Zararının Giderilmesi

Mağdurun suç nedeniyle maruz kaldığı zararını sanığın cezalandırılması için açılan bir kamu davası içerisinde açacağı “şahsî hak davası yoluyla” isteyebilmesi aslında son derece yararlı ve mağdurun zararının giderilmesi bakımından da pratik bir imkân iken, bunun, yeni CMK’ya alınmamış olması esas itibarıyla bir eksikliktir.

1412 Sayılı CMUK’da yer alan şahsî hak davasına ilişkin m. 358 gereğince; mağdur, suç nedeniyle uğramış olduğu zararını, ceza davası içerisinde (onun yanında) açtığı bir hukuk davası ile isteyebilmekteydi ki kanaatimizce, bu son derece yerinde bir uygulamaydı. Yeni CMK ile bu kurum kaldırılmış ve mağdurun ceza davası içerisinde, zararının tazminini isteme hakkı ortadan kaldırılmıştır⁴⁴¹. Şahsi hak davası, Alman⁴⁴² ve

⁴⁴⁰ Nitekim, bu hususta yapılmış bazı çalışmalar bulunmakta olup, bunlar; ÖZBEK, Veli, Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara (Yayın tarihinin bulunmadığı) ; DÖNMEZER, Sulhi, Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi, İnc.: Onar’a Armağan, İstanbul 1977, (s.179- 191) ; EREM, Faruk, Mağdurun Korunması, Adalet Dergisi Nisan 1966, Sayı 4, (s. 277-279); FRANKO, Nesim, İ., Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanunda Tazmini Sistemi Hakkında bir Tetkik, Dicle Üniv. HFD., 1984/2 ; ÖZEK, Çetin, Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı sorunlar, İHFM, 1984, Sayı 1-4, (s. 13-69); YARSUVAT, Duygun, Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması, İnan Kırac’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1994 (s. 333-344) ; YÜCEL, Mustafa, Töre, Suçtan Zarar Gören Şahsın Korunması, Adalet Dergisi Kasım 1967, Sayı 11, (s. 359-363).

⁴⁴¹ Şahsi hak davası sonunda hükmedilen tazminatın, para cezaları gibi infaz edilmesi için önerilerde bulunan SOKULLU-AKINCI, şahsî hak davasının kaldırılmasını uygun bulmamaktadır. SOKULLU-AKINCI, s. 8-9.

⁴⁴² Mülga 1412 Sayılı CMUK’nın 358. maddesinde yer alan şahsî hak davası ve bu maddeye mehz teşkil eden “Alman CMUK (StPO)’nun 403. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan şahsî hak davası (Entschädigung des Verletzten: Adhäsionsverfahren) esas itibarıyla mağdurun zararının giderilmesine yönelik çok önemli müesseselerdir. Çünkü ; mülga (1412 Sayılı) CMUK’na mehz teşkil eden Kanunun üçüncü faslı içerisinde ve suçtan zarar görenin zararının giderilmesi başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır” YENİSEY, Feridun, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung 1979), Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1979, s. 168.

Fransız⁴⁴³ hukukunda kullanılmakta olup, mağdur hakları bakımından son derece yararlı bir müessesedir.

2. Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinde Bir Şart Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi

CMK m. 231 gereğince; işlenen suçun Anayasa'nın 174. maddesinde gösterilen inkılâp kanunlarına yer alan suçlardan olmaması, sanığın mahkûm olduğu cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olması, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş bulunması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi durumunda, mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılması durumunda, mahkûmiyet hükmünün açıklanması ertelenebilir. Hükümün açıklanmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, sanığın buna razı olması gerekir. Çünkü, hükümün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin CMK m. 231, 6. fıkrasına 6008 Sayılı Kanun⁴⁴⁴ ile “sanığın kabul etmemesi halinde hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesi eklenmiştir. Bu nedenle sanığın hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına rızasının bulunması ayrı bir şart olarak değerlendirilmelidir.

Görüldüğü gibi, hükümün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için, fail tarafından, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir⁴⁴⁵.

Mağdurun zararının bir seçenek yaptırım olarak giderilmesi (TCK m. 50/1-b) bahsinde yapılan, mağdurun saptanması, zararının kapsamı ile zararın giderilmesine ilişkin açıklamalar, hiç kuşkusuz, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının bir şartı olarak incelenen, mağdurun zararının giderilmesi için de geçerlidir.

⁴⁴³ Fransız Ceza Hukukuna göre, suç mağduru, zararının tazmin edilmesi bakımından şahsî hak davası açmak veya hukuk mahkemesinde tazminat davası açmak hususunda seçimlik bir hakka sahiptir. DALKILIÇ, Aysun, “Ceza Hukukunda Mağduriyetin Giderilmesi”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 170.

⁴⁴⁴ 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 22.07.2010 tarihinde kabul edilmiştir. (RG: 25.07.2010 gün ve Sy. 27652).

3. Mağdurun Zararının Uzlaşma Yoluyla Giderilmesi

Mağdurun zararının giderilmesine yönelik bir ceza usul hukuku müessesesi ise CMK içinde 253., 254. ve 255. maddelerinde düzenlenmiş bulunan uzlaşma kurumu oluşturmaktadır⁴⁴⁶.

İşlediği kusurlu davranışından dolayı sanığın cezalandırılması suretiyle adaletin sağlanması gerektiği fikri bir kenara bırakılmaz ise de⁴⁴⁷, uzlaşma kurumunun esas itibarıyla amacı; suç mağdurunun veya daha geniş bir ifade ile suçtan zarar görenin⁴⁴⁸ zararının giderilmesi ve böylece adaletin sağlanmasıdır⁴⁴⁹. Zira, ceza adalet sisteminde, suç mağdurlarına karşı, onların yararını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı, batı ülkelerinde, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesinin de ön plana çıktığı, zira, suça karşı sadece ceza yaptırımının yeterli olmadığı, zararın giderilmesinin ve mağdurun uğradığı zararın onarılmasının, en başta gelen amaç olarak sayılması gerekmektedir⁴⁵⁰. Bu nedenle uzlaşma, onarıcı adaletin bir türü olarak zikredilmektedir⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 676-679.

⁴⁴⁶ “Türk Ceza Hukukunda 2005 yılında kabul edilen uzlaşma kurumu, fail ile mağdurun barıştırılması esasına dayanan bir müessesedir” YENİSEY, Alternatif Yaptırımlar, s. 1444; Uzlaşma hususunda ayrıntılı bilgi için; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 710-733; CMK, 253., 254. ve 255. maddesinde düzenlenmiş bulunan, uzlaşmanın yapılmasına ilişkin “Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in 13/2-4. ile 14/2. maddelerinin yürütülmesinin durdurulmasına oyçokluğu, 15/1(b) ve (c) bentleri ve 25/3. maddesinin oyçokluğu ile yürütülmesinin durdurulmasına, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunca, 15.05.2008 tarihinde 463 sayılı karar verilmiştir. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 710-712; Bu tip bir alternatif yaptırımın özellikle çocuk suçuna gösterilecek reaksiyonlar içerisinde mutlaka yer alması gerektiği hususunda bkz: YENİSEY, Feridun, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005 (s. 19-47), s. 43.

⁴⁴⁷ “...adalet fikrini kavramlaştırmak, ilkeler ve kurallar türetmek, adaletsizlikle savaşmak için onsuз olunmayacak koşullar ise de tek başına yetmez. Böylece ilkeleri-kuralları yaşamda yüzyüze geldiğimiz bir durumda belirleyici kılmayı gerçekten istiyorsak, o durumda bunların nasıl belirleyici kılınabileceğini bulabilme yolunu da bilmemiz gerekiyor” KUÇURADİ, İoanna, Adalet Kavramı, (tebliğ), Adalet Kavramı, (Editör: Adnan GÜRİZ), Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 47.

⁴⁴⁸ Suçtan zarar gören, gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olabilir. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 710. Suçtan zarar göreni kamu hukuku tüzel kişisi olan suçlar ile suçtan zarar görenin kamu idaresi (kamu-toplum) olan suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanamaz. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 723.

⁴⁴⁹ ÇETİN, Soner H., CMK’da Uzlaşma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 254.

⁴⁵⁰ Almanya’da, suç nedeniyle fail ve mağdurlar arasında arabuluculuk giderek, ceza adaletinde önem kazanmaya başlamıştır. 1995 yılında fail-mağdur arabuluculuğuna yönelik istatistiklere göre, arabuluculuk, tüm suçlar bakımından, müessir fiiller için % 64, mülkiyet tahripieri için % 15, hırsızlık

Uzlaşma kurumu ile elde edilmek istenen asıl hedef mağdurun tatmin edilmesi, zararın giderilmesi ve böylece daha az sayıda kamu davası açılmasının sağlanmasıdır. Dava sırasında mahkemece uzlaşma kurumunun işletilmesi ile de beklenen asıl fayda yine de mağdurun zararın giderilmesi ve yargılamaya devam ile meydana gelecek daha fazla emek ve zaman israfına engel olmaktadır denilebilir.

Uzlaşmada, mağdurun zararlarının giderilmesi karşılığında⁴⁵², şikayetten vazgeçilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁵³.

4. Ceza Ertelenmesinin Bir Şartı Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi

Cezanın ertelenmesi şartı olarak, mağdurun zararının giderilmesi, TCK'nın 50/1 (b) maddesinde düzenlenen mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımına görünüşte benzerlik göstermektedir. Çünkü, TCK'nın 51/2. maddesine göre; hapis cezasının 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 ertelenmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla, hükümlü, infaz kurumundan derhal salıverilir⁴⁵⁴. Görüldüğü üzere, burada, zararın giderilmesi, hapis cezasının ertelenebilmesi için bir “koşuldur”. Bu koşul yerine getirilirse, hapis cezası ertelenmektedir. Oysa, TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, mağdurun veya kamunun, suç nedeniyle, uğradığı zararın giderilmesi hapis cezası yerine

dolandırcılık suçları için % 11, ve saldırı ile birlikteki hırsızlıklar bakımından % 9 oranında gerçekleştirilmiştir. DÖLLING, Dieter, İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (Mediation), (Özet Çeviri; Sulhi DÖNMEZER), Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Sulhi DÖNMEZER/Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s.91-92.

⁴⁵¹ SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 5.

⁴⁵² Uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için en önemli şart, suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin zararının giderilmiş olmasıdır. Mağdurun zararın giderilmesi yönündeki sanığın taahhüdü de yeterli olmayıp, Yargıtay. Zararın giderildiğine ilişkin belge ve bilginin dosya içerisinde olmasını aramaktadır. CGK, 15.04.2008 gün, 2-73/88 (ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 716).

⁴⁵³ Mağdur-fail uzlaşması esas itibarıyla iki biçimde olabilir. Bunlardan birincisine göre, henüz dava açılmamıştır ve fail hakkında açılacak olan dava, kendisine ihtarla bulunularak ertelenmektedir. İkinci biçiminde ise, mahkeme önünde görülmekte olan dava sırasında mahkemenin failin suçu kabul etmesinden sonra (admission of guilt) hükmün verilmesini ertelenmesi veya hükmedilen cezanın infaz edilmesinin ertelenmesi söz konusu olabilmektedir. YENİSEY, Alternatif Yaptırımlar, s. 1446 – 1447.

⁴⁵⁴ Hüküm, onarıcı adalet bakımından yararlı bulunmuştur. SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 5.

hükmolunan bir başka “cezadır”. Yani, bu ikinci durumda, zararın giderilmesi seçenek yaptırımına hükmolunmuş ise artık “ceza”, zararın giderilmesidir. Zararın giderilmesi ile birlikte hüküm infaz edilmiş olur ve bu durumda, infaz edilmiş olan mahkûmiyet hükmü “zararın giderilmesidir”. Oysa, TCK’nın 51/2. maddesi gereğince, zararın giderilmesi, erteleme şartı olarak belirlenmiş ise, hapis cezası hükmü (2 yıl veya bazı haller için 3 yıl hapis cezası) vardır. Mağdurun zararının giderilmesi iyetin giderilmesi sadece bu hapis cezasının infazını ertelemektedir. Deneme süresi sonuna kadar eğer suç işlenmez ise, belirtilen hapis cezasına ilişkin hüküm infaz edilmiş sayılacaktır (TCK m. 51/8).

5. Cezada İndirim Sebebi Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi

Mağdurun zararının giderilmesinin, maddi ceza hukuku içerisindeki en önemli yansımalarından biri de, hiç kuşku yok ki, zararının giderilmesinin, hükmolunacak cezada bir indirim sebebi olarak kabul edilmesidir ki, TCK, bunu, özellikle, mala karşı işlenen suçlar bakımından, 168. maddesinde düzenlemektedir⁴⁵⁵.

a. Etkin Pişmanlık

TCK’nın 168. maddesine göre; “(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir⁴⁵⁶”.

⁴⁵⁵ Mağdurun zararının giderilmesi bazen bir cezasızlık nedeni olarak da düzenlenebilir. Mesela 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren yeni Rusya Ceza Kanunun 75. ve 76. maddeleri gereğince, bazı hafif suçlar bakımından zararın tazmini edilmesi bir cezasızlık sebebidir. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 973.

⁴⁵⁶ TCK 168. maddenin ikinci fıkrasında, etkin pişmanlığın, kovuşturma başladıktan sonra gerçekleşmesi durumunda, cezanın yarısının indirileceği hükme bağlanmış, üçüncü fıkrada ise yağma suçu bakımından, indirimin, yukarıda gösterilenlerin yarısı kadar olacağı belirlenmiştir. Etkin pişmanlığa ilişkin diğer düzenlemeler ise TCK’nın 245/5. ve 248. maddelerinde yer almaktadır.

Bu hüküm esas itibariyle 765 Sayılı TCK'nın 523. maddesinde yer alan düzenlemeye benzetilmektedir⁴⁵⁷. Ancak bu düzenleme 765 Sayılı TCK'nın başlığında bulunan “faal nedamet” ibaresinden istifade ile her ne kadar “etkin pişmanlık” olarak düzenlemekte ise de, aslında, maddenin içeriğine uygun olarak, “etkin pişmanlık nedeniyle cezanın indirilmesi” şeklinde olmalıydı. Zira madde, etkin pişmanlıktan ziyade, etkin pişmanlık nedeniyle ortaya çıkan “iade durumuna” bir hukukî sonuç bağlamakta ve bunu bir “cezanın indirimi sebebi” olarak düzenlemektedir. Madde metninde yer alan, fail, azmettiren veya yardım eden ibareleri de, kanaatimizce, gereğinden fazla ve oldukça uzun bir anlatım şeklidir. Maddenin, daha kısa ve öz bir anlatımla, “suçlunun” ifadesini kullanması yeterli olacaktı. Zira fail, azmettiren veya yardım eden ile anlatılmak istenen “suçu işleyen kimsedir” ve bunun için “suçlu” yeterli bir ifadedir. Ayrıca, madde metninde yer alan, mağdurun uğradığı zararın “bizzat pişmanlık göstererek” giderilmesi şeklindeki anlatım biçimi, gereksiz ve anlamsızdır. Zira fail, azmettiren veya suça yardım eden (yani suçlu) bizzat pişman olduğunu kime gösterecektir? Böyle bir davranışın muhatabı yoktur. Suçlunun, mağdura verdiği zararı gidermesi yeterlidir. Mağdurun zararını giderdiği zaman, bundan çıkan sonuç, onun pişman olduğudur. Yoksa, iadenin, pişmanlık göstererek veya pişmanlık göstermeyerek yapılması diye bir şey söz konusu olamaz. Suçlu, mağdurun zararını gidermeye hazır olduğunu ifade ettiğinde veya bunu bizzat gerçekleştirdiğinde, ayrıca onun bizzat pişmanlık gösterip göstermediği araştırılmayacağına göre, madde metninde ayrıca “bizzat pişmanlık göstererek” ibaresine gerek bulunmamaktadır. Suçlu, iadeyi sağlamış ise, artık, suçlunun, bunu, niçin ve hangi amaçla yaptığı, pişmanlık duyup duymadığı, araştırılmaz.

⁴⁵⁷ 765 Sayılı TCK'nın 523. maddesi Mala Karşı İşlenen Suçlarda Faal Nedamet başlığını taşımaktadır ve hüküm aynen şöyledir: “Bu babın birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fasıllarında ve 516 maddenin birinci fıkrasında ve 518 ve 519 ve 521 inci maddelerinde beyan olunan cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir güne takibat icrasına başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrırın zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.

Eğer bu red ve iade veya tazmin takibat esnasında fakat işin mahkemeye verilmesinden evvel vuku bulursa failin göreceği ceza altında birden üçte bire kadar indirilir.

494 üncü maddenin 2, 3 ve 4 numaralı bentleri ile 521a, 521b maddelerinde yazılı cürümlerinden dolayı da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.

Mağdurun zararın giderilmesinin, cezadan indirim sebebi olmasıyla yani TCK'nın 168. maddesi ile mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımının birlikte uygulanması meselesi aşağıda ele alınmış olmakla birlikte,⁴⁵⁸ cezanın önce TCK'nın 168. maddesi gereğince indirim tabi tutulduğu ve bu nedenle cezanın bu indirim sebebiyle bir yıl veya daha kısa süreli bir hapis cezasına dönüştüğü durumlarda; ayrıca, kalan ceza için TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımına hükmolunmayacağını, zira bu durumda bir zararın kalmadığını, oysa kısmi iade veya tazmin durumunda ise halen giderilmemiş bir zarar söz konusu olduğundan bunun mümkün olması gerekir.

b. Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanmasında Mağdurun Rızası

Mağdurun zararının giderilmesinde en önemli noktalardan biri de TCK m.168/4 hükmüdür Buna göre; “kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır” bu hüküm, mağdurun zararın giderilmesinde maddi ceza hukuku içerisinde çok önemli bir yeniliktir. Zira, mağdurun zararının kısmen giderilmesi durumunda, kanun koyucu, esas olarak, sanığın cezasının indirilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Nitekim 765 Sayılı TCK'nın 523. maddesinde yer alan düzenlemede “mutazarrırın zararının tamamının” tazmin edilmesinden bahsedilmekteydi ve bu nedenle kısmen tazmin veya kısmen iade durumunda, sanığın cezasından, bu hükme göre bir indirim yapılamamaktaydı. Bunun yerine, mağdurun zararının kısmen giderilmesi veya alınan kısmen iadesi durumunda, mahkemelerin yerleşik içtihatlarına göre, bu, TCK'nın 59. maddesi gereğince, sanık için bir takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilmekteydi. Oysa, Kanun koyucu, TCK'nın 168. maddesinde, bu yeni düzenleme ile, mağdurun zararının giderilmesine ve zararın kısmen giderilmesi durumunda ise mağdurun iradesine çok büyük bir önem atfetmekte, sanığın cezasından indirim yapılabilmesini, mağdurun buna razı olması şartına bağlamaktadır⁴⁵⁹. Bu, mağdur haklarının korunması açısından son derece yerinde ve

⁴⁵⁸ Baknz: Zararın Tamamen Giderilmesi.

⁴⁵⁹ Kanaatimizce; zararın kısmen giderilmesi nedeniyle (TCK m. 168/4), mağdurun rızasıyla sanığın cezasında yapılan indirimden sonra, cezanın kısa süreli bir hapis cezasına dönüşmesi durumunda sanık

yeni gelişmelere de açık bir düzenlemedir. Hüküm bu yönüyle onarıcı adalete iyi bir örnek olarak gösterilmektedir⁴⁶⁰. İleriki yıllarda, mağdur haklarının korunması bakımından belki de tüm iade ve tazmin durumlarında, sanığın cezasından indirim yapılabilmesi yani (etkin pişmanlık) hükümlerinin işleyebilmesi, mağdurun rızası şartına bağlanabilir. Bu, mağdurların daha fazla korunması gerektiğini inancı ile alakalı bir meseledir.

C. Mağdurun Zararının Giderilmesi Hakkındaki Görüşler

1. İkame (Yerine Geçme) Görüşü

İkame (yerine geçme) görüşüne⁴⁶¹ göre; ceza hukukunun ödevi, fail ve mağdur arasında bulunan uyuşmazlığı gidermektir. Bu nedenle; devlete ait cezanın yerine, mağduriyetin giderilmesine ilişkin kural almalı ve bu, ceza hukukunun tek yaptırımı olmalıdır. Bu amaca ulaşmak için, suç ile meydana gelen uyuşmazlığın giderilmesi, muhakeme dışı biçimler geliştirilerek bulunmalı, medeni hukuk prensipleri üzerine oturmuş yeni bir sistem ihdas edilmeli, haksız fiil hukuku ile ceza hukukunun, aynı amaca hizmet ettiği göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁶². Buna, ikame (yerine geçme) görüşü, denmesinin nedeni de buradadır. Zira, mağduriyetin giderilmesi adeta ceza hukukunun yerini almakta böylece ceza hukukunu ortadan kaldırmaya yönelik bir amaç kendini göstermektedir⁴⁶³. Bu görüşe getirilen en önemli eleştiri; böyle bir düşüncenin, toplumun, devlete devrettiği cezalandırma yetkisinin, kullanılması ile gerçekleşen menfaatlere aykırı olduğudur. Bu düşünce, bir yandan, yaptırım olarak; medeni hukuk müessesesi olan tazminatın kabulü ile ceza hukukunun ortadan kaldırılmasına, diğer

hakkında TCK'nın 50. maddesinde yazılı diğer seçenek yaptırımlar gibi 1. fıkranın b bendinde yer alan zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımına hükmedilebilmelidir. Buna imkân tanınması gerekir. Zira bu durumda halen mağdur için giderilmesi gereken bir zarar vardır. Kaldı ki bunu yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

⁴⁶⁰ SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 7.

⁴⁶¹ "...İkame etme (yerine geçme), abolitionizm"; ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 174.

⁴⁶² ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 175-176

⁴⁶³ ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 216

yandan da, suçluya yaptığı eyleme karşı, eşit olmayan bir tepki gösterilmesine, cezanın önleme amacının zayıflamasına yol açacaktır⁴⁶⁴.

2. Bütünleşme (Entegrasyon) Görüşleri

Bütünleşme (Entegrasyon) görüşü; mağduriyeti gidermenin, ceza hukuku içerisine taşınması ya da bir başka anlatımla; ceza hukukuna entegre edilmesi esasına dayanmaktadır. “Bu görüşe göre; ceza muhakemesi, ceza hukukuna ilişkin bir yaptırım olarak, mağduriyetin giderilmesi ile sona erer. Görüş, sorunu, yaptırımın türüne ilişkin olarak görmekte, bu nedenle, mağduriyetin giderilmesinde, cezanın amaçlarının bulunup bulunmadığı hususu önem kazanmaktadır. Bu nedenle, görüş ikiye ayrılmaktadır. Mağduriyetin giderilmesini, bir ceza olarak gören görüş ve mağduriyetin giderilmesini ceza ve güvenlik tedbirleri yanında üçüncü bir yol (bir iz) olarak kabul eden görüş⁴⁶⁵”.

a. Mağduriyetin Giderilmesinin Bir Ceza Olduğu Görüşü

Bu görüş esas itibariyle İngiliz ve ABD hukuk sistemlerindeki modeli esas almakta olup, buna göre; ceza muhakemesinde, bir suçun, hukukî sonucu olarak düzenlenen mağduriyetin giderilmesi, bir ceza, cezanın bir kısmı veya negatif karakterli bağımsız bir yaptırım olmalıdır. Böylece, ceza hukuk ve medeni hukuk yan yana gelebilir⁴⁶⁶. Bu görüş, mağduriyetin giderilmesini, belli fiiller bakımından özgürlüğü bağlayıcı ceza veya para cezası yanında ve fakat onlardan bağımsız olarak veyahut ta onların yerine hükmedilen bir ceza olarak kabul eder⁴⁶⁷. Burada geleneksel ceza katalogunun genişlemesi söz konusu olmaktadır⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Eleştiri hususunda daha fazla bilgi için bakınız: ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 177-178.

⁴⁶⁵ ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 179-180.

⁴⁶⁶ Aslında bu önerinin yeni bir öneri olmadığı, İtalyan Pozitivistleri tarafından zaten mağduriyetin giderilmesinin ceza hukuku içerisine yerleştirildiğine ilişkin görüşler için bakınız: ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 182.

⁴⁶⁷ Tipik olarak, suçlu, adeta cezanın bir parçası olarak, hapis cezası, kamu yararına çalıştırma, denetimli serbestlik veya diğer cezaların yanı sıra ve bunlara ek olarak mağdurun zararını giderecektir. STEINBERG, s. 2.

⁴⁶⁸ ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s.181-182; Bunun yanı sıra, kanaatimizce, suç karşılığı uygulanacak maddi hukuk anlamındaki cezaların zaman zaman katalog madde içerisinde gösterilmesinin

Bu görüşe getirilen en önemli eleştiri; ceza ile tazminatın birbirine karıştırıldığı ve bunun Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemine tamamen yabancı olduğudur⁴⁶⁹. Zira, eyleme uygulanan yaptırım ceza ise, o eylem suç, buna karşılık eylemin gerektirdiği yaptırımlar, zararın ödenmesi, eski hale getirme gibi hukukî yaptırımlardan ise ortada haksız eylem vardır⁴⁷⁰.

b. Mağduriyetin Giderilmesinin Bir Üçüncü Yol (Şerit = İz) Olduğu Görüşü

Bu görüş taraftarlarına göre; mağduriyetin giderilmesi, ceza hukukunun ceza ve emniyet tedbirleri olarak saptanan, iki şeritli sistemi⁴⁷¹ içerisinde, üçüncü bir şerit (yol=iz) olarak kabul edilmelidir. Bunlara göre, mağduriyetin giderilmesi bir ceza değildir. Çünkü iradidir. Cezanın amacı, ancak bazen mağduriyetin giderilmesi yoluyla gerçekleştirilebilir. Müstakilen cezanın amacı, mağduriyetin giderilmesi de değildir. Mağduriyetin giderilmesi, güvenlik tedbiri olarak da kabul edilemez. Çünkü, güvenlik tedbirleri, özel önlemeye yönelik yaptırımlardır. Bu nedenle, bu görüşe göre; mağduriyetin giderilmesi, ödetme ve önlemeden oluşan ceza hukukunun klasik sonuçlarından çıkartılmalıdır. Mağduriyetin giderilmesi ile ceza hukukunun benimsediği, önleme amacının gerçekleştiği, failin, fiilinden doğan sorumluluğunu mağdur ve toplum önünde üstlenmekle, bozulmuş olan toplumsal düzeni, en azından yeniden kurmak yoluyla, kurucu sosyal bir edim olarak, barışın yeniden teşekkül etmesine katkıda bulunmakta, böylece mağduriyetin giderilmesi kusura uygun olarak cezanın yerine geçebilmektedir⁴⁷².

istisnaları da olabilmektedir. Örneğin ; 765 Sayılı TCK'nın 11. maddesinde cezaların tek tek sayılması ile ilgili olmak üzere EREM tarafından yapılan açıklama dikkat çekicidir EREM'e göre; "Cezalar (765 Sayılı TCK) 11. maddede sayılanlardır. Ceza Kanunun herhangi bir maddesinde yer almış olmasına rağmen, 11. maddede sayılmamış olan hususlar ceza addedilemezler. Bu sebeple mesela 'nezaret altına alma' ceza değildir. Fakat 'memuriyetten mahrumiyet', 11. maddede sarahaten zikredilmemiş olmasına rağmen bir cezadır. Çünkü bu ceza 11. maddede yazılı bulunan 'amme hizmetlerinden memnuiyet' cezasının, kanunen bazı hizmetlere hasredilmiş olan şeklinden (TCK m. 20/4) ibarettir". EREM Faruk, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Cilt 1, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, s. 135.

⁴⁶⁹ ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 184-188.

⁴⁷⁰ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 14.

⁴⁷¹ "İki izlilik sistemi" daha önce, Güvenlik Tedbirleri ve Seçenek yaptırımlar bölümünde ele alınmıştır.

⁴⁷² Bu görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 188-193.

Bu görüşe yapılan eleştiriler, esas itibariyle, mağduriyetin giderilmesinin, bir ceza olduğu yolundaki görüşe yapılan eleştirilere benzer nitelikte olup, devletin ceza vermekle elde ettiği klasik faydaların, bununla, gerçekleşmeyeceği esasına dayanmaktadır⁴⁷³.

3. Geleneksel Görüş

Buna göre; mağduriyetin giderilmesi ne ceza yerine ikame edilebilir, ne de ceza hukuku içinde bağımsız bir role sahiptir. Mağduriyetin giderilmesi, bağımsız olmayan, medeni hukuka ilişkin karakterine dokunulmadan ve fakat ceza hukuku içinde, bu güne kadar olduğundan daha etkin bir anlama sahip olmalıdır. Mağduriyetin giderilmesi ceza ve güvenlik tedbirleri yanında üçüncü bir yol olarak düşünülemez. Çünkü, ceza hukukuna yabancıdır. Bu, doğrudan doğruya medeni hukuka ait bir ödevdir. Mağdurun tazmin edilmesi cezalandırmanın dışında bir olgudur.

4. Türk Hukukundaki Durum ve Konu Hakkındaki Görüşümüz

a. Türk Hukukundaki Durum

Özbek, "...Amaç bir sorunu çözerken yeni sorunlar yaratmak değil, somut çözümler bulup, uygulamak olmalıdır. Bu itibarla amacın suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi olduğu unutulmamalıdır. Mağduriyetin giderilmesinin kendine özgü bir yapısı olduğu söylenebilir. Bu yapı ne tazminatın, ne de cezanın yapısına uymaktadır. Mağduriyet giderilmezse, bu defa mağduriyetin giderilmesi, değişik görünüşler altında, bir ceza hukuku yaptırımını halini almaktadır. ...mağduriyetin giderilmesi, bağımsız bir müessese olarak karşımıza çıkmamakta daha çok ceza muhakemesi ile de bağlantılı bir şekilde ceza hukukunun diğer kurumlarıyla koordinasyon içinde kullanılan bir yapı arz etmektedir...mağduriyetin giderilmesi bazen bir hafifletici neden olarak, ...bazen bir tazminat ya da bazen suçun niteliğine göre bir özür dileme şeklinde

⁴⁷³ Bu görüşe karşı getirilen eleştiriler için hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖZBEK, Suçtan Doğan

gerçekleşebilmektedir”⁴⁷⁴ biçiminde açıklamada bulunmakta ve karma bir görüş benimsediğini belirtmektedir⁴⁷⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kuşkusuz, bildirilen bu görüşün, mağdurun zararın giderilmesi hususundaki tüm düzenlemeler bakımından ifade edilmekte olduğudur.

Mağdurun zararının giderilmesi hallerinden sadece birini oluşturan TCK’nın 50/1 (b) maddesinde yer alan seçenek yaptırım yoluyla mağdurun zararının giderilmesi ile ilgili olmak üzere görüş bildiren; *Parlar ve Hatipoğlu*⁴⁷⁶, ise “5237 Sayılı TCK, mağduriyetin giderilmesini, ceza hukukunun ceza ve güvenlik tedbirlerinden oluşan iki şeritli yaptırım sistemi içerisinde bir üçüncü şerit olarak kabul etmiştir. Onlara göre; hem özel önlemeyi ve hem de norm istikrarını sağlayan ayıplama karakterine sahip genel önlemeyi mümkün kılan mağduriyetin giderilmesi, bu yönüyle ceza hukukumuzun yaptırım sistemi içinde ceza ve güvenlik tedbirleri arasında bir ara pozisyon olarak öngörülmüştür. Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin karakteristik özelliklerinin aksine, iradi nitelikte olan mağduriyetin giderilmesi seçenek yaptırımı vasıtasıyla cezanın

Mağduriyet, s. 194-198.

⁴⁷⁴ ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet, s. 219-222

⁴⁷⁵ ÖZBEK, ayrıca ; “Esas itibarıyla yasanın burada ifade etmek istediği husus mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesidir. Bu çerçevede mağduriyetin giderilmesinin hukukî niteliği de tartışmalıdır. Her ne kadar TCK bunu bir yaptırım ve bu anlamda bir tedbir olarak belirtmiş ise de bunun bir ceza mı? Tedbir mi yoksa ceza ve tedbir yanında üçüncü bir yaptırım türü mü olduğu yönündeki tartışmalı bitmemiştir. Kanımızca mağduriyetin giderilmesi bir yaptırım olmaktan çok suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araçtır. Bu yönüyle mağduriyetin giderilmesi ceza hukukuna değişik amaçlar için uygulanabilir ve kısa süreli hapis cezasına alternatif olarak kullanılması bunun bir görünüşü olarak kabul edilmelidir” şeklinde görüşünü açıklamaktadır ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi), s. 551, ayrıca benzer açıklamalar için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.553-554; Ancak, kanaatimizce, mağduriyetin giderilmesinin bir suç politikası aracı olduğundan hareketle, onun hukukî niteliğin açıklamaya çalışmakla çok şey elde edilemez ve bu, onu, klasik ceza olarak tanımlanan cezalardan veya güvenlik tedbirlerinden ayıramaz. Zira, hem cezalar ve hem de güvenlik tedbirleri, her ikisi birden, suç politikasının birer aracıdır. Önemli olan, mağduriyetin giderilmesi aracının, bu ikisi arasında nerede olması gerektiğine karar vermektir. Kanaatimizce, mağduriyetin giderilmesi geniş bir kavramdır ve bunun içine mağduriyetin giderilmesi hangi amaçla konulmuş ise, ona, göre hukukî niteliği de değişebilir. Örneğin mağduriyetin giderilmesi bir cezanın ertelenmesi şartı (TCK m. 51), veya cezadan indirim sebebi olarak (TCK m. 168) düzenlenmiş olabilir. Tüm bunlar mağduriyetin giderilmesinin bir ceza türü olarak düzenlenebilmesine engel değildir ve TCK 50/1 (b)’de düzenlenmiş bulunan kısa süreli hapis cezasının, “mağdurun zararının giderilmesi” seçenek yaptırımına çevrilmesi halinde, bu bir cezadır ve kendisinde bir cezanın olması gereken tüm hukukî sonuçları görülebilir. Bunun katalog madde olarak adlandırılabilen olan, TCK’nın 45 maddesi içerisinde gösterilmemesi, klasik ceza hukuku anlayışının bir yansıması olup, bu husus zaman içerisinde pek tabidir ki değişecektir. Seçenek yaptırımların birer ceza olarak, ceza kanunlarında cezaların içerisinde sayılması çok yakın bir gelecekte kaçınılmayacak bir hukukî gelişmedir. Ceza hukukunun gelişimi mutlaka bu yöne olacaktır. Cezalar zamanla şiddetini azatlıkları gibi türlerini de artıracaklardır.

⁴⁷⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 346.

geleneksel amaçlarından olan önleme amacı en azından kısmen yerine getirilmiş olmaktadır. İsteğe bağlı olarak mağduriyetin giderilmesinin kısa süreli hapis cezası yerine geçen seçenek bir yaptırım olarak kabulü suçlunun topluma yeniden kazandırılması ve hukukî barışın yeniden tesisini sağlayacaktır.

TCK'nın yürürlüğe konulmasından önce ve özellikle çocukların işledikleri suçlara karşı tepki olmak üzere, *Yenisey*, “yaptırımlar arasında, mağdurun zararının giderilmesi adı altında yeni bir müeyyide tipine yer verilmesini” önermiştir⁴⁷⁷.

b. Konu Hakkındaki Görüşümüz

Mağduriyetin giderilmesi üst başlığı altında incelenmesi gereken TCK'nın 50/1 (b) maddesindeki düzenleme, yani mağdurun zararının giderilmesine ilişkin seçenek yaptırımın hukukî mahiyeti belirlenmeye çalışılırken, konunun, sistematik olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mağduriyetin giderilmesinin, maddi ceza hukuku ve ceza usul hukuku içerisindeki tüm hallerini içerecek tarzda, yani tüm bu durumları kapsayacak biçimde, hukukî mahiyetinin ne olduğunun ortaya konulmasına çalışılması hatalıdır. Mağduriyetin giderilmesi bir üst başlık olarak bazen medeni hukuku (tazminat), bezen ceza usul hukuku (davanın açılması veya verilen hükmün açıklanmasının ertelenmesinin bir şartı) olarak düzenlenmiş olabilir. Mağdurun zararının giderilmesi, maddi ceza hukuku içerisinde ise, çoğu zaman, bir cezadan indirim sebebi olarak düzenlemektedir. Mağduriyetin giderilmesi, maddi ceza hukuku içerisinde, pekala bir “ceza” olarak da düzenlenmiş olabilir ki, nitekim, TCK'nın 50/1 (b) maddesinde, bir seçenek yaptırım olarak düzenlenmesi de, mağduriyetin giderilmesinin, kendisine müstakilen başvurulacak bir ceza olarak düzenlenmiş olabileceğini göstermektedir⁴⁷⁸. Bu nedenle, kanaatimizce;

⁴⁷⁷ YENİSEY, Genç Ceza Hukuku, s. 45; Kanaatimizce, burada “yeni müeyyide” ile kast edilen ceza ve güvenlik tedbiri dışında bir yaptırım olmalıdır.

⁴⁷⁸ HAFIZOĞULLARI, TCK 50/1 (b)'de yer alan mağduru zararının giderilmesi seçenek yaptırımının burada düzenlenmesinin yerinde ve gerekli olmadığını, ifade etmekle birlikte bunun müstakil bir ceza olduğunu ortaya koymaktadır. Ona göre: “...kanun koyucu, zararın haksız fiil olarak Borçlar Hukuku sistemi içerisinde giderilmesi, hatta ceza yanında tazminata da hükmetmesi mümkün iken, her ne hikmetse, hiç gereği yokken özel hukuka ait bir müeyyideyi, ceza müeyyidesi olarak ceza hukukuna sokmuş olmaktadır...”. HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; Benzer düşünce ve

mağduriyetin giderilmesi, başlı başına hukukî mahiyeti açıklanacak bir müessese değildir. Bu bir müessese olarak, ceza usul hukuku içerisinde, mesela bir müessesenin şartı olarak düzenlenmiş ise hukukî mahiyeti itibariyle bir şart, ceza hukuku içerisinde bir cezanın ertelenmesi için bir ön şart olarak düzenlenmiş ise, mesela ertelemenin ön şartı gibi, o zaman ön şart, ya da ceza hukuku içerisinde bir “ceza” olarak düzenlenmiş ise, o zaman da müstakil bir ceza olarak düşünülüp kabul edilmesi gerekir. Mağduriyetin giderilmesi, ceza hukuku içerisinde, kendisine başvurulacak bir müstakil ceza olarak düzenlenebilir ki, TCK’nın 50/1 (b) maddesinde düzenlene mağdurun uğradığı zararının giderilmesi seçenek yaptırımı, bu haliyle, bir “cezadır”. Mesele, diğer seçenek yaptırımlar gibi bunun da cezaları gösterir (katalog) madde içerisinde (TCK m. 45) gösterilmemiş olmasıdır. Ancak, unutulmaması gereken bir başka husus ise, seçenek yaptırımların, (bu arada mağdurun zararının giderilmesinin de) cezalarla aynı bölüm içerisinde düzenlenmiş olduğudur⁴⁷⁹.

TCK’nın 50/1 (b) maddesinde düzenlendiği biçimiyle, mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımının, ceza ve güvenlik tedbirleri arasında yer alan, ara bir yol olduğu, şeklindeki açıklamaya gelince⁴⁸⁰, özellikle, bu seçenek yaptırımın özelliği ile bağdaşmaz. Zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımı da, TCK’nın 50. maddesinde yer alan, diğer tüm seçenek yaptırımlar gibi bir cezalandırma biçimidir. Kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan bir cezalandırma biçimidir ve güvenlik tedbirlerinden tamamıyla farklı bir yapıya sahiptir. Kanaatimizce; diğer tüm seçenek yaptırımlar gibi, ceza olmanın tüm özelliklerini kendisinde barındırır. Kaldı ki, belirtildiği üzere, zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımı, iradi bir seçenek yaptırım değildir. Bir ceza olduğu için, bu seçenek yaptırımı başvurulması için, sanığın, buna, muvafakatının bulunup bulunmadığı şartı aranmaz. Zaten, seçenek yaptırımlardan, TCK’nın 50/1 (f) maddesinde yer alan, kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek

ifade için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 474. Aksi istikametteki görüş için bkz: “Bu seçenek, mağdurun korunması amacına hizmet ettiğinden ve hâkime cezayı bireyselleştirmede yardımcı olduğundan yerinde bir düzenlemedir”. İNCE. Seçenek Yaptırımlar, s. 221.

⁴⁷⁹ Çünkü, mağdurun zararının giderilmesi bir seçenek yaptırım olarak, “Üçüncü Kısım” “Birinci Bölüm” içinde düzenlenmiştir ve bu bölümün başlığı “cezalar”dır. Ceza hukukundaki hümanist gelişmeler de dikkate alınırsa, uzak olmayan bir gelecekte, seçenek yaptırımların birer ceza olarak, katalog maddeler arasında da sayılacağından şüphe duymamak gerekir.

⁴⁸⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 346.

yaptırımını dışında, hiçbir seçenek yaptırıma, başvurmak için, sanığın muvafakaatının bulunup bulunmadığı aranmaz. Aksi, seçenek yaptırımların, bir ceza olma özelliği ile bağdaşmaz. Zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımının, kabul edilmesindeki esas amaç, bu seçenek yaptırım ile, sanığın cezalandırılması durumunda, toplumsal barışın sağlanacağı inancıdır. Bir başka anlatımla; kanun koyucu, kısa süreli bir hapis cezasını gerektiren bir suçu işlemiş bulunan sanığa, hapis cezası yerine, zararın giderilmesi seçenek yaptırımı hükmolunmasıyla, toplumsal barışın sağlanmış olacağına inanmaktadır. Yani, sanığın, kısa süreli de olsa hapis edilmesi yerine, onun, iradesi dışında da olsa, verdiği zararı gidermesini, hürriyeti bağlayıcı cezaya üstün tuttuğunu göstermektedir. Hiç kuşku yok ki, bu değerlendirmeyi, TCK'nın 50. maddesi 1. fıkrasına göre, suçlunun, kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ile yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun işlenilmesindeki özellikleri göz önünde bulundurarak, hakim, yapacaktır. Sanığın, bu seçenek yaptırımı, istemesi ya da istememesi diye bir husus, söz konusu edilemez. Hükmolunacak seçenek yaptırımı, hakim, belirtilen bu kriterleri göz önüne alarak, kendisi, serbestçe tayin edecek ve bunu neden seçtiğini, kararında, gerekçelerini de göstererek tartışacaktır.

D. Seçenek Yaptırım Olarak Mağdurun Zararının Giderilmesi

1. Genel Olarak

Bir seçenek yaptırım olarak mağdurun zararının giderilmesine ilişkin olarak ABD'de çeşitli uygulamaların yapılmakta olduğu, fail ve mağdur görüşmelerinin zararın giderimi sisteminin başarısının artırdığı, bu nedenle mağdur ve sanığın kontrol altındaki bir ortamda yüz yüze görüşmelerinin önemli olduğu, böylece; mağdurun suçun kendisini nasıl etkilediğini sanığa aktarabilme imkânına kavuştuğu ifade edilmektedir⁴⁸¹.

⁴⁸¹ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Arayışları, s. 334; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51.

ABD Adalet Bakanlığı, 1977-1978 yıllarına ilişkin olarak 1700 genç suçlunun dosyasını incelemiş, mağdur ve faillin görüştüğü olaylarda zararın giderilmesine daha sık, tekrare ise daha az rastlanıldığını belirlemiştir⁴⁸².

İsviçre CK'nın 60. maddesinde 04.10.1991 ve 01.08.1994 tarihlerinde yapılan değişiklikler ile suç nedeniyle uğranılan zararın sigorta veya fail tarafından giderilmemesi durumunda, mahkeme, mağdurun talebi üzerine, zararın giderilmesi bakımından, madde metninde gösterilen dört ayrı biçimde belirtilen seçeneklerden birini seçmek suretiyle mağdurun zararının giderilmesine hükmedebilmektedir⁴⁸³.

TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrası (b) bendi gereğince, kısa süreli hapis cezası mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine çevrilebilir. Bu yol, etkin olarak kullanılması durumunda, mağdurun zararının giderilmesi için başvurulacak en keskin ve sonuca götürücü yollardan biridir denilebilir⁴⁸⁴.

Maddenin gerekçesinde; “tasarının 64. maddesinde benimsenen seçenek yaptırımlar esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni bazı seçenekler eklenmiş ve bunun yanı sıra söz konusu yaptırımların etkin biçimde uygulanmasına yönelik ilave düzenlemelerde bulunulmuştur. Nitekim, kamunun uğradığı zararın giderilmesi gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verilmiştir” denilmekte, bunun yeni bir seçenek yaptırım olduğu belirtilmektedir⁴⁸⁵. Oysa, yürürlükten kaldırılan 647 Sayılı CİHK'da da bu

⁴⁸² MARCUS, Paul, Alternative Penal Sanctions, The American Journal of Comparative Law, C. 42, 1994, s. 709 nakleden: SOKULLU- AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Arayışları, s. 334 ve ayrıca ; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51.

⁴⁸³ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 917.

⁴⁸⁴ Mağdurun zararının giderilmesi, artık hürriyeti bağlayıcı cezaların etkin bir alternatifi konumundadır. SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 51; Ancak HAFİZOĞULLARI bunun tam tersi bir görüştedir. Ona göre; “Kanun koyucu, bu hükümle, ihlal ile ortaya çıkan zararı aynen iade, eski hale getirme veya tazmin yolu ile gidermeyi amaçlamaktadır. Böylece kanun koyucu, zararın haksız fiil olarak Borçlar Hukuku sistemi içerisinde giderilmesi, hatta ceza yanında tazminata da hükmetmesi mümkün iken, her ne hikmetse, hiç gereği yokken özel hukuka ait bir müeyyideyi, ceza müeyyidesi olarak ceza hukukuna sokmuş olmaktadır. Daha önce, böyle bir hükmün, zaten hukuk düzeninde mevcut olması, yanlışın sürdürülmesine haklı kılmaz, çünkü, sui emsal, emsal olmaz”. HAFİZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s.81; Benzer ifade için bkz: HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 474.

⁴⁸⁵ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı. Madde Gerekçesi aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştır: “Belli bir süreyle hapis cezasına mahkûm olmak cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayabilir. Kişi gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psikik ve ahlakî eğilimleri itibarıyla tesadüfi suçlu özelliği taşıyabilir. Bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çekirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir.

yaptırım bulunmaktaydı⁴⁸⁶. Bu Kanunun, 3. maddesine göre; bir yıl ve daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreliydi. Bu açıdan 5237 Sayılı TCK'nın 49. maddesindeki kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza tanımı ile bunun aynı olduğu, bu açıdan bir farklılığın olmadığı görülmektedir⁴⁸⁷. 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesine göre; ağır hapis hariç, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların, “aynen iade ve tazmin” yaptırımına çevrilebilmesine olanak verilmekteydi⁴⁸⁸. Ancak, uygulamada, bu olanak,

Ayrıca kısa süreli hapis cezalarının infaz kurumunda çektilmesinin doğurduğu sakıncalar nedeniyle, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesi gerekebilir. Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağlı hukukî sonuçlar doğmayacaktır. Ancak Tasarının 64. maddesinde benimsenen seçenek yaptırımlar esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni seçenekler eklenmiş, ve bunun yanında söz konusu yaptırımların etkin biçimde uygulanmasına yönelik ilave düzenlemelerde bulunulmuştur. Nitekim kamunun uğradığı zararın giderilmesi, özellikle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verilmiştir...”.

⁴⁸⁶ Yürürlükten kaldırılan 647 Sayılı Kanun'da da benzer hükmün bulunduğu, hatta bunun alınmasının yanlış olduğu hususunda görüş bildiren HAFİZOĞULLARI'na göre; “Kanun koyucu, bu hükümle, ihlal ile ortaya çıkan zararı aynen iade, eski hale getirme veya tazmin yolu ile gidermeyi amaçlamaktadır. Böylece kanun koyucu, zararın haksız fiil olarak Borçlar Hukuku sistemi içerisinde giderilmesi, hatta ceza yanında tazminata da hükmetmesi mümkün iken, her ne hikmetse, hiç gereği yokken özel hukuka ait bir müeyyideyi alarak ceza hukukuna sokmuş olmaktadır. Daha önce, böyle bir hükmün, zaten hukuk düzeninde mevcut olması, yanlışın sürdürülmesine haklı kılmaz, çünkü, sui emsal, emsal olmaz”. HAFİZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81. Benzer görüş ve ifadeler için bkz: HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 474.

⁴⁸⁷ 5237 Sayılı Kanunun 50/1. maddesi ile yalnızca 49. maddede yazılı bir yıl ve daha az süreli kısa süreli hapis cezaları için getirilen düzenlemenin eksik olduğu yolundaki ŞEN'in görüşüne katıldığımızı ifade etmeliyiz. ŞEN'e göre; “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar müessesesi, hapis cezasının olumsuz etki ve sonuçların azaltarak, ancak diğer taraftan da seçenek yaptırımları tam uygulamak suretiyle mutlaka Türk Ceza Hukukunda fayda sağlayacaktır. Bu sebeple söz konusu uygulama, mümkün olduğu durumda başvurulması gereken, ancak uygulama ve infazı sıkı takip edilmesi gereken bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Düşüncemize göre, sadece kısa süreli hapis cezası için değil, adli para cezaları için de bir takım seçenek yaptırımların kabul edilmesinde yarar vardır. Özellikle iktisadi durumu zayıf olan failer hakkında hükmedilen adli para cezasına seçenek olabilecek yaptırımların geliştirilmesi gerekmektedir” ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (m. 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 156. Kanaatimizce bu görüş son derece yerinde olup 5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımların uygulanabilmesi bakımından sadece 49. maddede yazılı kısa süreli hapis cezasının değil bunun yanı sıra doğrudan hükmolanan adli para cezalarının da seçenek yaptırım uygulaması içerisine sokulması, söz gelimi bir yıl süreli gün hapis cezasına ilişkin para cezalarının da seçenek yaptırımlara çevrilebilmesine olanak tanıyan yasal düzenlemenin derhal yapılması gerekir. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilen sanığın cezasının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesine rağmen bu cezaya eşit miktarda ya da daha az miktarda doğrudan adli para cezasına çarptırılan sanık için bunun cezasının seçenek yaptırıma çevrelemiyor olması kanaatimizce bir adaletsizlik yaratmaktadır.

⁴⁸⁸ Bu maddede yer alan yaptırımların hukukî niteliği konusunda DÖNMEZER ve ERMAN, “...Söz konusu 4. maddede yer almış olan müesseselerden 1. bend’de yer alan para cezası istisna edilirse, bunlar ceza değildir. Nitekim maddenin başlığında ‘kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler’ denilmiştir. ...maddenin ilk şeklindeki başlıkta sadece ‘cezalar’ denmesi eleştirilmiş ve bu nedenle 1712 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda ‘cezalar ve tedbirler’ deyiimi kullanılmıştır.

hemen hemen hiç kullanılmamakta, hürriyeti bağlayıcı ceza daha çok, yine aynı maddede düzenlenmiş bulunan para cezasına çevrilmekteydi. TCK ile getirilen 50/1 (b) maddesindeki benzer düzenlemenin de uygulanmamasındaki temel sebepler aynıdır. Bu, özellikle, hakim, seçenek yaptırım olarak “tazmin” seçenek yaptırımını seçmesi durumunda, tazminat miktarının hesaplanması ve tazminat kapsamına hangi hususların gireceğinin belirlenmesindeki zorluklar nedeniyle uygulanmamaktadır denilebilir. Zira, burada mağdurun zararı⁴⁸⁹, bir hukuk hakimi gibi ve adeta bir hukuk mahkemesindeki zararın hesaplanmasındaki kriterler esas alınarak saptanacak demektir. Bu ise, ceza hakimleri için karmaşık ve daha fazla uğraşı gerektirdiği için, hakimlerin, bu hükmü ve bundan önce bu hüküm yerine yürürlükte bulunan 647 Sayılı CİHK’nın 4. maddesini uygulamaktan çekindikleri biçiminde yorumlanmaktadır⁴⁹⁰. Hem 647 Sayılı Kanunun 4 maddesinde⁴⁹¹ ve hem de 5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımların uygulanabilmesi bakımından (zorunlu olarak adli para cezasına çevirme halleri hariç olmak üzere) 50. maddenin 1. fıkrasının sonunda “çevrilebilir” biçiminde bir ifade kullanıldığı için burada da hakime uygulayıp uygulamama bakımından takdir hakkı tanınmaktadır⁴⁹². Hakim, bu seçenekleri uygulama zorunluluğu yoktur⁴⁹³. Bu nedenle mağdurun mağduriyetinin giderilmesine olanak verebilecek bir hüküm uygulanamamaktadır⁴⁹⁴.

Esasen Ceza Kanunumuzun (burada 765 Sayılı TCK kasıt edilmektedir) bu nevi ‘ceza yerine geçen tedbir ve müeyyideler’e yer vermiştir. Kanunumuzun 22. maddesinde hafif cezasının çalışmaya ve 29. maddesinde de belirli süredeki hapis veya hafif veya para cezalarının Adli tevbihe çevrilebilmesini kabul etmiştir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 663.

⁴⁸⁹ “Burada mağdurun zararı ile kasıt edilen hiç kuşkusuz mağdurun maddi zararıdır” ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 594.

Mağdurun manevî zararının giderilmesi bir seçenek yaptırım olarak mümkün olabilirse de bunun için ayrı bir düzenleme yapılması, ayrı bir seçenek yaptırım belirlenmesi veya bunun açıkça kanunda gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mesela bir “özür ilân” bu şekilde bir seçenek yaptırım olarak düşünülebilir. Ancak seçenek yaptırımların birer ceza olma özelliği nedeniyle ve kanunsuz ceza olamayacağından manevî zararın bir seçenek ceza olarak giderilmesine karar verilemez.

⁴⁹⁰ ÖZBEK, Mağduriyetin Giderilmesi s. 310.

⁴⁹¹ ÖZBEK, Mağduriyetin Giderilmesi s. 310.

⁴⁹² YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s.132-133.

⁴⁹³ DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 64.

2. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararının Tamamen Giderilmesi Şartı

a. Mağdurun veya Kamunun Kim Olduğunun Saptanması

Mağdur, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukukî değer veya menfaatin hamili, yani, suçla zarara uğrayan kimse, bizzat suçun mağduru olan kişi olarak anlaşılmalı ve hüküm genişletilerek yorumlanmamalıdır⁴⁹⁵.

Yeni TCK'nın 50/1 (b) bendinde; sadece mağdurun değil, kamunun uğradığı zararın da tamamen giderilmesi imkânı tanındığı için hükmün uygulama alanı genişlemiştir⁴⁹⁶. “Ancak, ‘Kamunun uğradığı zarar ibaresi’, belli bir anlamadan yoksundur, gayrı muayyendir, belirsizdir, çünkü bütün suçlar kamunun zararınadır ve bu anlamda bütün suçların mağduru kamudur”⁴⁹⁷. Bu nedenle; “Kamunun uğradığı zarardan ‘kamu idaresinin uğradığı zarar’ anlaşılmalıdır. Çünkü, suç kamuya karşı değil, ancak bir kamu idaresine karşı işlenildiğinde, tazmini gereken bir zarar söz konusu olabilir⁴⁹⁸”. Kamu idaresinin bir zararı yok ise bu seçenek yaptırıma da hükmolunamaz⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ “647 Sayılı Kanunda yer alan ve fakat bugüne kadar hemen hemen hiç başvurulmayan bu yaptırımın TCK bakımından da aynı akibete uğramasından endişe” edildiği görülmektedir. ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 554.

⁴⁹⁵ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 475.

⁴⁹⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 871; ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s.277; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555.

⁴⁹⁷ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s.81; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 475.

⁴⁹⁸ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 475.

⁴⁹⁹ “Sanığın gözetimi altında bulunan köpeğinin mağduru ısırması nedeniyle meydana gelen yaralanma sebebiyle mağdurun sanıktan şikayetçi olmaması üzerine sanık hakkında TCK’nın 177. maddesi gereğince genel bir tehlike yaratacak nitelikteki suç için açılan kamu davasında, mağdurun sanık hakkında şikayetçi olmaması nedeniyle mağdurun zararından söz edilemeyeceği, bu durumda kamunun uğradığı zarar konusu olduğu halde, hükmolunan 1 ay hapis cezasının TCK’nın 50/1-b maddesi gereğince ‘mağdurun uğramış olduğu zararın giderilmesi seçenek yaptırımına çevrilmesinin kanuna aykırı olacağına karar verilmiştir” 2. CD., 07.11.2007 gün, 11195/14596 (METİNER/KOÇ, s. 1524). Aslında bu kararda kamu idaresinin uğradığı bir zarardan söz edilemez. Bu nedenle kararın bu yönüyle doğru olduğunu söyleme imtân yoktur. Mağdurun şikayetçi olmaması ve kamu idaresinin de somut bir zararından söz edilemeyeceği için bu seçenek yaptırıma başvurulamayacağının söylenmesi gerekir. Zira karardan sanki kamunun uğradığı zararın giderilmesine karar verilir ise bunun doğru olabileceği gibi bir izlenim edinilmektedir. Oysa bu durumda kamu idaresinin bir zararı yoktur.

b. Zararın Tamamen Giderilmesi

Yeni TCK'nın 50/1 (b) bendinde; “zararın tamamen giderilmesi” denildiği için, kısmen iade, söz konusu edilemez⁵⁰⁰.

Zararın “tamamen” giderilmesi gerektiği şartı CGTİHK'nın 107. maddesi gereğince çıkartılan uygulama Tüzüğü'nün 51/2. maddesinde de gösterilmiştir⁵⁰¹.

Burada, dikkat edilecek olan husus, zararın, aynen iade yoluyla tamamen giderilmesi üzerine, sanığa artık başkaca bir ceza verilemeyecek olmasıdır. Bir başka anlatımla zararın tamamen giderilmesi bir cezalandırmama şartı değildir. Aksine burada zararın tamamen giderilmesi yoluyla sanığın cezalandırılması söz konusudur. Yani sanığa hükmolunan ceza, zararın tamamen giderilmesidir. Ceza yerine kaim olan seçenek budur. Bu nedenle, haklı bir biçimde, zararın, aynen giderilmesi durumunda; sanığın, artık, herhangi bir denetime tabi olmayacağı belirtilmektedir⁵⁰². Zira, bu durumda, sanık cezalandırılmıştır.

TCK etkin pişmanlığa ilişkin bazı maddelerinde (TCK m. 168. ve 248) zararın giderilmesi, malın aynen iade edilmesi veya zararın tamamen tazmin edilmesi gibi durumlarda, verilecek cezanın, indirilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, böyle bir durumda, yani zararın giderilmesi veya malın iadesinin bir indirim sebebi olarak öngörüldüğü durumlarda; söz konusu bu indirim sebebi, uygulandıktan sonra, hükmolunacak ceza kısa süreli bir hapis cezası haline gelmiş ise, bu defa TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, bu kısa süreli hapis cezasının, zararın aynen iadesi yoluyla giderilmesi seçenek yaptırımına dönüştürülebilir mi?

Doktrinde, “önce indirim sebebi olarak uygulanan aynen iadenin, daha sonra ulaşılacak kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği bir kurum olarak kabulü artık aynen iade edilecek bir şey kalmadığından - diğer bir deyişle etkin pişmanlık zaten aynen

⁵⁰⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 871; HAFİZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s.82; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

⁵⁰¹ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük 51/2 maddesi; “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, suç nedeniyle uğranılan zararın aynen iade edilmesi, suçtan önceki hale getirilmesi veya tazmin edilmesi suretiyle tamamen giderilmesi şeklinde yerine getirilir”.

iadenin gerçekleşmesini şart koştuğundan - mümkün değildir” gerekçesi gösterilerek etkin pişmanlığa ilişkin TCK’nın 168 maddesi ile 50/1 (b) maddesinin birlikte uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁵⁰³.

765 Sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde, 5237 Sayılı TCK’nın 168. maddesine benzer nitelikteki bu Kanunun 523. maddesi ile 647 Sayılı CİHK 4/2. maddesinin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Yargıtay’ın verdiği bir kararında “ yakınının zararının tam ve rızaya dayalı olarak giderilmesi, TCK’nın 523. maddesi uyarınca cezadan indirim nedeni olduğu, bu nedenle yasal bir indirim nedeninin aynı zamanda özgürlüğü bağlayıcı cezayı ortadan kaldıracak biçimde tedbire dönüştürülmesinin hukuka uygun olmadığını, çünkü, böyle bir uygulamanın yakınının zararını gidermeyen hükümlüye yeni bir olanak tanırken, soruşturma evresinde zararı ödeyen sanık aleyhine bir durum yaratacağını ve bunun adalete aykırı bir sonuç olacağını” ifade etmekteydi⁵⁰⁴. Bu kararın aksi istikametinde görüş bildirilmişti⁵⁰⁵.

⁵⁰² ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 72 ; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 872.

⁵⁰³ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 72 ve 73; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1131; Benzer görüş için bkz: ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, TBB, Sayı:67, Kasım Aralık 2006, s. 202.

“TCK m. 168 veya m. 248 ile m. 50’nin bir arada uygulanabilmesi mümkün değildir. Bir kere iki hükmün hukukî niteliği birbirinden farklıdır. TCK m. 168 ve 248 cezayı etkileyen bir sebep iken, TCK m. 50 anlamında aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin ceza yerine geçen bir tedbirdir. Böyle olunca TCK’nın m. 168 ve 248 uygulandığında sadece ceza azalacak ve kalmaya devam edecek; buna karşılık, TCK m. 50 uygulandığında, artık ceza uygulanmayacaktır. TCK m. 50 genel bir düzenlemedir. Tek koşul, cezanın kısa süreli yani bir seneye kadar olmasıdır. Buna karşılık m. 168, malvarlığına karşı suçlar bakımından özel bir düzenleme getirmektedir. Bu hüküm bakımından cezanın kısa süreli olması aranmaz. Bu durumda aynı hukukî kurumun önce indirim sebebi olarak uygulanıp, daha sonra ulaşılabilecek kısa süreli hapis cezasının çevrileceği bir kurum olarak kabulü mümkün olmaz. Çünkü aynen iade ve tazmin edilecek bir şey kalmamıştır” ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 552, benzer görüşleri için ayrıca bakınız: ÖZBEK, Veli, İnfaz Hukuku (İnfaz Hukuku ile İlgili Güncel Mevzuat), Ankara 2007, s. 67. Benzer açıklama için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 553-554.

⁵⁰⁴ “Sanığın, kaçak elektrik akımı kullandığı ve böylece hırsızlık suçunu işlediği mahkemece kabul ve bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu tür suçlarda kamu davasının açılmasından önce, yakınının zararının tam ve rızaya dayalı olarak giderilmesi, TCK’nın 523/1. maddesi uyarınca cezadan indirim nedenidir. Yasal bir indirim nedeninin aynı zamanda özgürlüğü bağlayıcı cezayı ortadan kaldıracak biçimde ‘tedbire’ dönüştürülmesi hukuka uygun değildir. Diğer yönden: böyle uygulama, yakınının zararını gidermeyen hükümlüye yeni bir olanak tanırken, soruşturma evresinde zararı ödeyen sanık aleyhine ve adalete aykırı sonuç doğurur” 6. CD., 22.12.2006 gün, 17596/9894 (METİNER/KOÇ, s.1539); “Zararın hazırlık soruşturmasında rızaen ve tamamen iade ile tazmin edilmesinin 765 Sayılı TCK’nın 523/1 maddesi gereğince cezadan indirim nedeni olmasına karşın, 07.06.1976 gün 4/3 Sayılı İBK ile uyumlu Ceza Genel Kurulu kararında belirtildiği üzere, 647 Sayılı Yasanın ‘cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal kişiselleştirme kurumu’ niteliğinde bulunduğu dikkate alındığında; yasal indirim nedeninin aynı zamanda hapis cezasını ortadan kaldıran tedbire dönüştürülüp,

5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Yargıtay 6. CD, verdiği bir kararında⁵⁰⁶. TCK'nın 143/1. maddesi (suçun gece işlenmesi nedeniyle) artırım ve 168/1. maddesine göre de (iade nedeniyle) indirim oranının saptanmasından sonra, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, belirlenen kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın 5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu" olduğunu ifade etmekte, bu durumda, TCK'nın 50. maddesinin (b) bendinde yer alan, zararın giderilmesi seçenek yaptırımına, başvurulup başvurulamayacağını göstermeden ve bir bütün halinde, sadece, maddenin birinci fıkrasında yer alan seçenek yaptırımlardan birinin, uygulanması gerektiğini göstermekte, böylece, bu durumda da mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımına başvurulabileceği gibi bir izlenime yol açmakta ise de, daha sonra verdiği bir başka kararında "Sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı hallerde, aynı içeriği kapsayan 5237 Sayılı TCK'nın 50/1-b maddesinin uygulanmayacağı" açık bir biçimde ifade etmektedir⁵⁰⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi, eğer, söz konusu olan ceza, ancak bir yıldan fazla ise ve TCK'nın 168. maddenin (iade) uygulaması ile ceza bir yıl veya daha az süreli bir hale geliyorsa artık 50. madde gerekçe gösterilerek, ceza aynen iade, suçtan önceki hale

bu kez de cezanın teciline denilmek suretiyle infaz edilemez hükümle, infazda duraksamalara neden olunması" 6. CD., 31.01.2006 gün, 19086/513 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1177).

⁵⁰⁵ Bu görüş, DÖNMEZER/ERMAN tarafından dile getirilmiştir. Buna göre : "Ceza Kanunumuzun (765 say. TCK) 523. maddesi, belirttiği mala karşı işlenen suçlarda iade ve tazminin cezayı azaltıcı bir sebep saymış bulunmaktadır. Kanaatimizce ve hele Gerekçedeki (647 Sayılı Kanun 4 maddesi 2. Bendi için yazılan madde gerekçesi) açıklama karşısında, bu gibi hallerde de 4. maddenin 2. bendindeki tedbirin uygulanabileceği kanısındayız. Böylece suçlunun aynı bir hareketi hakimnin takdiri çerçevesinde yerine göre hafifletici sebep veya cezanın yerini alacak bir tedbire hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir" DÖNMEZER/ERMAN, genel Kısım, Cilt II, s. 725.

⁵⁰⁶ "İşyerinin kilitlerini kırarak hırsızlık yapmış daha sonra eşyalarla birlikte kolluk kuvvetlerince yakalanmış suçu kabullenip yer göstererek tam iadeyi sağlamış olan sanık hakkında, 5237 Sayılı Yasaya göre hırsızlık, konut dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarını oluşturan eylemler nedeniyle verilecek temel cezaların ne şekilde saptanacağını belirlenmesi gece nedeniyle aynı Yasanın 143/1. maddesi uyarınca artırım ve 168/1. maddesine göre de indirim oranının saptanması,...öte yandan, suçun işlendiği tarihte 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, belirlenen kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın 5237 Sayılı TCY'nin 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur" 6.CD., 22.12.2005 gün, 16217/12392; "Suç tarihinde 18 yaşından küçük ve sabıkasız olan sanık hakkında hükmedilen, 10 ay hapis cezasının 5237 Sayılı Yasanın 50 maddenin 1.fıkrasındaki tedbirlerden birine çevrilmesi zorunludur" CGK., 17.06.2008 gün, 160/174 (ŞİRİN, Osman/AŞANER, Halim/GÜVEN Özcan/YALVAÇ Gürsel/ ÖZDEMİR, Muzaffer/EREL, Kemallettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Adalet Yayınları, Ankara 2008, s.120).

⁵⁰⁷ 6.CD., 24.09.2007 gün, 15611/9581 (METİNER/KOÇ, s. 1527).

getirme veya tazmin suretiyle zararın giderilmesine çevrilemez. İşlenen suçun cezası zaten bir yıldan az ise ve buna rağmen, TCK'nın 168. maddesi gereğince bir iade veya zararın tazmin edilmesi söz konusu olmuş ise, artık ortada tazmini gereken bir zarar kalmadığı için, TCK'nın 50/1 (b) maddesinde yazılı olan zararın giderilmesi seçenek yaptırımına hükmolunamaz. Bunun yanı sıra, hükmolunacak olan hapis cezası zaten kısa süreli bir hapis cezası ise ve kısmi bir iade nedeniyle, cezanın indirilmesi söz konusu olmuş ise ortada halen giderilmesi gereken bir zarar bulunduğundan bu durumda bir seçenek yaptırım olarak zararın giderilmesine hükmolunabilmesi gerekir.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımının (TCK m. 50/1-b) infazı, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 51/2. maddesinde düzenlenmiştir.

3. Mağdurun Zararının Giderilmesi Biçimleri

Burada mağdurun zararından kast edilenin “maddi zarar olduğu ifade edilmiştir⁵⁰⁸. Aksi görüş bildirilmiş olmasına rağmen⁵⁰⁹, maddi zarar dışında manevî bir zararın, bu seçenek yaptırım yolu ile giderilmesi mümkün değildir⁵¹⁰. 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin 2. bendinde yer alan “iade ve tazmin” yaptırımı için görüş bildiren *Dönmezer / Erman*'da aynı kanaattedir⁵¹¹.

⁵⁰⁸ “Burada, zarar, ceza hukuk anlamında değil, özel hukuk anlamında zarardır. Açıkçası, suçun haksız fiil olarak, üçüncü kişiye verdiği maddi zarardır”. HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 474.

⁵⁰⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

⁵¹⁰ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 594.

⁵¹¹ “(647 Sayılı Kanunun) 4.maddenin 2. bendi gereğince iade ve tazmin kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerini alacak bir tedbir olarak benimsenmiştir. İade ve tazmin esas itibarıyla, mal aleyhine işlenen cürümler yönünden söz konusu olabilir de, iade ve tazminin hem bu nevi suçlar hem de diğer fiiller, mesela bazı müessir fiiller yönünden söz konusu olabileceği düşünülebilir. Hükümet Gerekçesinde ‘2.Bent genel olarak mal aleyhine işlenen ve vahameti mevcut olmayan suçlar için, mahkemece gerekli görüldüğü takdirde uygulanacak ceza tedbirlerinden birini ihtiva etmektedir’ denilmiştir. Bizce gerekçede geçen ‘genel olarak’ deyişi söz konusu tedbirin esasta mal aleyhine işlenen cürümler yönünden uygulanacağını ve fakat zararın tazminini veya iadenin ceza yerine tutan bir tedbir olarak hükmedilebileceği anlamını taşır. Metne böyle bir anlam vermek, kanaatimizce, kanun koyucunun amacına daha uygun düşer. Davaya müdahil olarak katılmış bulunan mağdur, manevî tazminat da istemişse tazmin deyişi manevî tazminatı da kapsamına alır mı? Bizce sadece maddi tazminatın ödenmesi bu tedbirin uygulanması yönünden yeterli görülmelidir”. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 725.

Bu görüşlere katıldığımızı ifade etmeliyiz. Mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımında kast edilenin zarar “maddi zarar” olmalıdır. Zira Kanun burada kullandığı dil bakımından bunu göstermektedir. Zararın giderilmesi yolları (tazmin hariç) hep maddi zararın giderilmesine imkân tanıyacak şekildedir. Manevi zararın giderilmesi düşünülmüş olsa en azından bunun için de zararın nasıl giderileceğinin göstermesi mesela “bir ilân” ya da “suçtan zarar görenden özür dilenmesi” gibi bir yöntemin gösterilmiş olması gerekirdi. Aksi bir düşünce, seçenek yaptırımın türlerini genişletmek anlamına gelir ve bu cezanın kanuniliği ilkesini zedeler. Bu, manevî zararın da seçenek yaptırım yolu ile giderilmesine imkân olmadığı anlamına gelmez. Ancak, kanaatimizce, bunun için, madde metninin buna imkân tanıyacak şekilde ve en azından bunun nasıl olması gerektiğinin maddede gösterilmesi ile mümkün olabilir.

a. Zararın Aynen İade Yoluyla Giderilmesi

TCK’nın 50/1 (b) maddesi gereğince, hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın “aynen iade” yoluyla (tamamen) giderilmesi seçenek yaptırımına çevrilebilmesi için, öncelikle, suçun işlenilmesinden sonra, meydana gelen durumun, “aynen iade” yoluyla giderilebilmesine imkân tanır bir hâl arz etmesi gerekir. Bununla anlatılmak istenen, sanığa hükmolunacak kısa süreli hapis cezası yerine, sanığın, mevcut durumu, suçun işlenilmesinden önceki hale getirebilmesidir Sanığa bir seçenek ceza olarak hükmolunan budur. Bu nedenle, bu verilecek cezayı, infaz imkânı bulunmalıdır.

Zararın aynen iade edilmesi; hükmölünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesi biçiminde anlaşılmalıdır⁵¹². Örneğin, TCK’nın 163. maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma suçu bakımından, sanık otomat aracılığıyla ile sunulan ve bedelini ödemedi söz gelimi bir hizmetten yararlanmış ise, verilecek kısa süreli hapis cezası TCK’nın 50/1 (b) maddesi gereğince zararın aynen iade yoluyla giderilmesine karar verilemez. Zira,

⁵¹² MERAM, Necati, Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007, s. 250; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552; METİNER/KOÇ, s. 1484.

ancak söz konusu hizmet suçun işlenilmesinden sonra halen suçun işlenilmesinden önceki durumu ile ortada ise, bu, mümkündür. Aksi takdirde, mesela, zararın tazmin suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekecektir. Örneğin, otomatik aracılığıyla, bir paket sigara, karşılıksız olarak alınmış ise ve bu olduğu gibi duruyorsa, belki o zaman, zararın aynen iade yoluyla giderilmesi seçenek yaptırımına hükmolunabilir. Aksi durumda, zararın tazmin edilmek suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir

Bu seçenek yaptırım Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 51/2. maddesi gereğince yerine getirilecektir.

b. Suçtan Önceki Hale Getirme Yoluyla Zararın Giderilmesi

Suçtan önceki hale getirme; suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek, ya da tamir ettirmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesidir⁵¹³.

TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, zararın suçtan önceki duruma getirme yoluyla ve tamamen zararın giderilmesi seçenek yaptırımına başvurulabilmesi için eski hale getirmenin, sanık için, mümkün olması gerekir. Eğer, eski hale getirme, sanık için mümkün değilse veya çok güç ise, bu seçenek yaptırıma başvurulmamalıdır. Bunun yerine, aynı maddede yer alan mesela zararın tazmin edilmek suretiyle giderilmesine hükmolunmalıdır. Kanaatimizce, eski hale getirmenin bir başka şahsın irade ve davranışına tabi bulunduğu durumlarda, bu seçenek yaptırım yerine, tazmin suretiyle zararın giderilmesine hükmolunması çok daha uygun olacaktır.

c. Zararın Tazmin Suretiyle Giderilmesi

TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tazmin suretiyle tamamen giderilmesi seçenek yaptırımı, zararın eski hale getirilme yoluyla giderilmesi ve aynen iade yoluyla giderilmesi seçenek yaptırımlarına nazaran çok daha fazla uygulama alanı bulabilecek olan bir seçenek yaptırım olarak

değerlendirilebilir. Zararın tazmin edilmesi, suç nedeniyle verilen zararın bedelinin, suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesidir.

Burada tartışılması gereken en önemli hususlardan biri de, mahkemenin, zararın giderilmesine karar verdikten sonra, bunun hangi biçimde yerine getirileceğini karar yerinde gösterip gösteremeyeceği meselesidir. Yani, mahkemece, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, TCK m. 50/1 (b)'de yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine karar verdikten sonra, bu seçenek yaptırımı da bizzat karar yerinde gösterecek mi? yoksa sadece zararın giderilmesi seçenek yaptırımına çevrilmesine demek suretiyle, bununla yetinecek midir?

Kanaatimizce, mahkeme, kısa süreli hürriyet bağlayıcı cezanın, zararın giderilmesi seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesine karar vermiş ise, bunun yukarıda belirtilen her üç seçenekten hangisi ile olacağını da göstermelidir. Yani, Mahkeme, zararın aynen iade, eski hale getirme ve tazmin suretiyle zararın giderilmesi yollarından hangisine hükmettiğini, açıkça, karar yerinde göstermelidir. Bu, kararların, her türlü şüpheden uzak ve kolayca infaz edilebilirliği ile ilgilidir. Hükümlü, kendisi hakkında hangi seçenek yaptırımın uygulanacağını bilebilmelidir. Aksi, tereddütlere ve belirsizliklere yol açar. Mahkeme, somut olayın özelliklerini de dikkate almak suretiyle, taraf menfaatlerini de gözeterek ve bunu dengelemek suretiyle, bu her üç seçenek yaptırımdan, hangisine hükmettiğini açıkça kararında göstermeli ve neden böyle bir seçenek yaptırımı seçtiğini de karar yerinde tartışmalıdır.

Nitekim, Yargıtay, “mağdurun uğramış olduğu, aynen ya da tazmini suretiyle giderilmesi gereken zararın ne olduğunun ve tazmini olarak değerinin, infazda duraksamaya neden olmayacak şekilde, açıkça, kararda belirtmesi gerektiğine” hükmetmiştir⁵¹⁴.

⁵¹³ MERAM, s.250; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552.

⁵¹⁴ 2.CD., 07.11.2007 gün, 11195/14596 (METİNER/KOÇ, s. 1524-1525); “Sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nın 86/2-3a ve b, 62. maddeleri uyarınca hükmolunan 7 ay 15 gün hapis cezasının aynı Kanunun 50/1b, maddesi gereğince dönüştürüldüğü, mağdurun uğradığı zararın tazmin suretiyle aynen giderilmesi seçenek yaptırımının miktarının açık bir şekilde ve infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” 2.CD., 20.02.2007 gün, 10427/2290 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1165-1166).

aa. Tazminatın Miktarı

Zararın tazmin suretiyle giderilmesi seçenек yaptırımına hükmolunduğı zaman, kararda, tazminat miktarı da açıkça gösterilmelidir. Bu, çoğı zaman, suç işlenilmesi nedeniyle verilen zarar ve suçun işlenilmesinden karar verilinceye kadar geçen zamandaki değер kaybı veya değер yükselmesi göz önünde bulundurularak ve bir hukuk mahkemesi kararında bulunması gereken asgari bilgileri de içermelidir. Zira, burada hükmolunacak tazminat, ceza yerine geçmektedir.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın miktarı, kararda, mahkemece, belirtilmemiş ise, bu husus infazda duraksamaya neden olacaktır⁵¹⁵.

TCK'nın 98. maddesine göre, Cumhuriyet savcısının talebi ile uğranılan zararın tespiti mahkemeden istenilmelidir⁵¹⁶ (Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük⁵¹⁷, m.51/2).

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, tazmin edilmesi suretiyle giderilmesi seçenек yaptırımına başvurulduğu zaman, bunun, nasıl infaz edileceğini Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/2. maddesi göstermektedir.

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesini içeren kesinleşmiş ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına verildikten sonra, Cumhuriyet başsavcılığınca, zararın otuz gün içerisinde tamamen giderilmesi hususunda hükümlüye tebligat yapılması gerekir. Hükümlü, bu tebligata rağmen gösterilen zararı otuz gün içinde tamamen gidermez ise, durum, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından mahkemeye bildirilecektir (Tüzük m. 51/2). Mahkemece, kısa üreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına (seçenек yaptırımın hapse tahvil edilmesine) karar verilecektir (TCK m. 50/6).

⁵¹⁵ “...iade veya tazmin edilecek suça konu eşya veya bedelinin karar yerinde açıkça gösterilmemesi suretiyle infazda duraksamaya neden olunması yasaya aykırıdır” 6.CD., 24.09.2007 gün, 15611/9581 (METİNER / KOÇ, s. 1527).

⁵¹⁶ MERAM, s. 251; İNCE, Seçenек Yaptırımlar, s. 221; METİNER/KOÇ, s. 1484.

⁵¹⁷ RG: 06.04.2006 gün ve Sy.26131.

bb. Mağdura Halefiyet Durumu

Özellikle, suçtan doğrudan doğruya zarar gören mağdurlar bakımından, bunların, suç nedeniyle (bunlara karşı doğrudan doğruya bir suç işlenmiş olması nedeniyle) uğradıklarının zararlarının, bir sigorta şirketi veya bir kamu kurum veya kuruluşu tarafından ödenmiş olması durumunda; mağdurun uğradığı zararın kalmadığı gerekçe gösterilerek, mağdurun zararın giderilmesi seçenek yaptırıma hükmolunup olunmayacağı, ya da mağdurun zararını ödemiş olan sigorta şirketi ya da sosyal güvenlik kurumu gibi bir üçüncü kimsenin, sanık hakkında hükmolunacak örneğin tazmin suretiyle zararının giderilmesi kararına dayanarak, hükmolunan tazminatı alıp alamayacakları hususunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda Cezaların İnfazı Hakkındaki Tüzükte de bir hüküm yer almamaktadır.

Kanaatimizce, bunu düzenleyen bir hüküm olmadığı gibi bunu yasaklayan bir düzenleme de bulunmadığı göz önünde bulundurularak, mağdurun zararının, örneğin sigorta şirketi veya sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanması durumlarında da, hakim, TCK m. 50/1 (b)'de yazılı seçenek yaptırımlara ve özellikle, tazmin suretiyle mağdurun zararının giderilmesine karar verebilmelidir. Böylesi bir uygulama, suç mağdurunun zararının giderilmesini kolaylaştıracak ve mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımının uygulanmasını daha kolay ve daha işler hale getirecektir. Özellikle suç mağdurlarının zararının giderilmesi için kurulacak gönüllü kuruluşlar için böylesine bir imkanın tanınması durumunda, bunların mağdurun zararını gidermek hususunda daha büyük bir caba içerisine girmeleri söz konusu olabilecektir.

Mağdurun zararının bir sigorta şirketi veya bir sosyal güvenlik kuruluşu tarafından giderilmesi durumunda, hükmolunacak ceza içerisinde yer alan tazminat, mağdura değil hiç kuşku yok ki alacaklı olduğunu iddia eden sigorta şirketine veya sosyal güvenlik kurumuna (mesela mağdurun da rızası alınmak suretiyle) ödenebilir. Mağdurun buna muvafakat göstermemesi durumunda mağdurun zararını ödemiş olan sigorta şirketi veya alacaklı sosyal güvenlik kurumu mahkemeye başvurarak bunun kendisine ödenmesini talep edebilir.

E. Mağdurun Zararının Giderilmesi Seçenek Yaptırımının İnsanî Boyutu ve Geleceği

TCK m. 50/1 (b)'de yer alan hapis cezasının, mağdurun zararının, giderilmesi seçenek yaptırımına çevrilmesindeki en önemli gayelerden biri, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı bir cezanın, sanığın hapis edilmesi suretiyle infaz edilmesi yerine, bir başka seçenek yaptırma çevirerek, cezanın, sanığın kişiliğine uydurulması, sanığın, kısa süreli bir hapis cezası için toplum içerisinde damgalı hale getirilmemesidir. Kısaca, daha insanî olarak adlandırılabilir bir cezaî yaptırım ile sanığı baş başa bırakmaktır. Fakat, burada, göz ardı edilmemesi gereken en önemli meselelerden biri de, zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi seçenek yaptırım ile mağdurun da korunmaya çalışıldığıdır. Sanığa en uygun ve en insanî ceza verilirken, suç nedeniyle zarara uğramış, suçun mağduru veya suçtan doğrudan zarar göreni olarak adlandırılacak kimsenin durumunun da, suçtan önceki konumuna geri getirilmesine çalışılmaktadır.

Kanaatimizce, devletin, ceza tayin ederken, adeta, mağduru yok sayarak, salt sanığı yaptığından dolayı cezalandırması, sanığın yaptığıının kefaretinin ödemesi gerektiği yolundaki düşünce çok gerilimde kalmıştır. Burada, belki de, onun kadar olmasa da eskiyen bir diğer düşünce de, sanığın, topluma kazandırılması için rehabilite edilmesi gerektiği şeklindeki düşüncedir. Sanığın yaptığıının karşılığını ödemesi, aslında en uygun biçimiyle, sanığın, suç işlenilmesinden sonraki durumu, suçun işlenilmesinden önceki duruma kendi tutum ve davranışı ile getirme imkânının ona tanınması gerekir. Böyle bir imkânın, ceza hukuku içerisinde ona tanınmak suretiyle, sanığın, tekrar topluma dahil edilmesi, onun toplum tarafından da, daha kolay bir şekilde kabullenilmesini sağlayacaktır. Toplumsal barış ve huzur korunmak isteniyor ise, bunun, en önemli yollarından biri de, bu toplumsal barışı bozan kimselerin, bunu bozduktan sonra, toplumsal durumu, bozulmadan önceki hale getirmesi yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacağını bilmesi ve bunun ceza hukuku içerisinde sağlanması gerekliliğidir. Mağdurun zararının giderilmesi cezasına mahkûm edileceğini bilmek, bir suçlu için, suç işlenilmesinden önce, suçun işlenmesi ile elde edebileceği menfaatin, elinden geri

alınabileceğine olan inancı, onu, suç işlemekten de alıkoyacaktır. Zira suçu işlemekle elde edeceği söz gelimi maddi menfaati elinden alınacaktır. Bunu bilen bir kimse suç işlemekle elinde bir şey kalmayacağını bileceği için suç işleme külfeti içerisine girmesine gerek olmadığını düşünecek, bu ise genel önlemeye hizmet edecektir. Bu nedenle, suçun işlenilmesinden önce devlete düşen en önemli görev, suçun işlenilmesine engel olmak, yani önleyici tedbirlerini almaktır. Bir başka anlatımla, suç işlenmesi ihtimali yüksek olan cadde ve sokaklar aydınlatılmalı ve buralarda suç işlenilmesinin önüne geçilmelidir⁵¹⁸.

Akademik kriminologlar çok sayıda suç önlenmesi tasnifleri yapıp geliştirmişler, ancak politika çalışmaları başlıca iki önlemeyi birbirinden ayırmaktadır ki bunlar; sosyal önleme ve durumsal (situation) önleme olarak adlandırılabilir. Bu tasnif ise başlıca iki yolu karşılamaktadır. Suç motivasyonunu azaltmak ve suç işleme olanak ve fırsatlarını azaltmak⁵¹⁹.

Suç işlenildikten sonra, kanaatimizce, devlete düşen en önemli görev artık suçlunun derhal cezalandırılması yerine, öncelikle, suç işlenilmesinden önceki duruma en kısa sürede geçilmesini sağlamaktır. Bir masumun cezalandırılması yerine, birçok suçlunun serbest kalması nasıl ki önemli ve vazgeçilmez ise, kendisine karşı suç işlenmiş olan bir kimsenin, suç nedeniyle, oluşan zararının giderilmesi, kanaatimizce, sanığın cezalandırılmasından çok daha önemlidir. Varsın sanık cezasız kalsın, ama hiç olmazsa suçun mağdurunun mağduriyeti giderilsin. Böyle bir hareket noktası, yani mağdurun mağduriyetinin giderilmesi gerektiği yolundaki inanç ve kararlı tutum, suçun

⁵¹⁸ FERRI, toplumun korunmasının önleyici önlemler ile daha etkili bir şekilde gerçekleşeceği hakkındaki iddiasını bir örnekle açıklamaktadır. Buna göre, karanlık bir caddede sık sık işlenen suçları etkin bir biçimde önlemek için, klasiklerin yöntemi olan caddeye jandarmalar yerleştirerek failleri yakalamak yerine, caddeyi aydınlatmanın yeterli olacağını, çünkü, böyle bir biçimde davranmanın, daha kolay ve daha akılcıca olacağını ifade etmektedir. ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş. s. 36; ARTUK, Emniyet Tedbirleri, s. 130; Buna karşın, tarihsel gözlemler, ceza türünden olmayan sosyal kontrol ve genel önleme önlemlerine yeterince eğilmeksizin baskı ve cezalandırma yönteminin daima daha fazla ağırlık kazandığını göstermektedir. YÜCEL, Kriminoloji, s. 403.

⁵¹⁹ DÖNMEZER, Suçun Önlenmesi, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, (Birleşmiş Milletler, A/CONF.187/7, Etkin Suç Önlenmesi: Yeni Gelişmelere Ayak Uydurmak-sekreteryaya tarafından hazırlanmış ve çalışmalara esas olacak raporun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümesidir), C I, (Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 80

mağdurlarının, hem maddi anlamdaki ceza hukukunda ve hem de ceza muhakemesi hukukunda hak ettiği yeri almasına yola açacaktır.

Kanaatimizce, TCK'nın 50/1 (b) maddesi içerisinde düzenlenen mağdurun zararının tamamen giderilmesi seçenek yaptırımını, maddi hukuk içerisinde genişletilerek uygulanmalıdır. Örneğin mala karşı işlenen suçlar, özellikle, bu tür bir ceza ile karşılanabilmelidir.

Mağdurun zararının tamamen giderilmesi seçenek yaptırımının, maddi hukuk içerisinde birçok diğer suç için ve özellikle mala karşı işlenen suçlar için (mesela yağma suçu hariç olmak üzere) tüm diğer mala karşı işlenen suçlara teşmil edilmelidir.

Maddi hukuk içerisinde, mağdurun zararın giderilmesine, bu derecede önem verilmesi, hiç kuşku yok ki, ceza muhakemesi hukuku içerisinde de yerini alacak ve mağdur, ceza muhakemesi hukukunda bir süje haline getirilecektir.

Sanığın insan olduğu unutulmamalıdır ancak suçun mağdurunun da, kendisine karşı suç işlenmiş, suç nedeniyle zarara uğratılmış bir insan olduğu unutulmamalıdır.

III. EĞİTİM KURUMUNA DEVAM ZORUNLULUĞU SEÇENEK YAPTIRIMI

A. Genel Olarak

TCK'nın 50/1 (c) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, en az iki yıl süreyle, bir meslek ve sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da, bulunan bir eğitim kurumunda devam etmeye çevrilebilir.

Maddenin gerekçesinde; “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme gibi yeni seçenek yaptırımlara yer verildiği” ifade edilmektedir⁵²⁰. Oysa buna benzer bir düzenleme 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin 3. bendinde yer almaktaydı. Bu hükme göre “kısa süreli

⁵²⁰ Madde gerekçesi için bkznz: , Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 99.

hapis cezası, altı ayı geçmemek üzere, bir eğitim veya ıslah⁵²¹ kurumuna devam” yaptırımına çevrilebilmekteydi⁵²².

647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin yürürlükte olduğu dönem için, “Kuruma gönderilen hükümlünün, orada gereği gibi çalışmaması veya kuruma devam etmemesi halinde ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme⁵²³ kanunda gösterilmemişti”⁵²⁴. Bu ve diğer bazı sebeplerden dolayı, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin 3. bendi yeterli işlerliği kazanamamıştır. Çünkü “memleketimizde söz konusu tedbirin uygulanabilmesini sağlayacak kurumların teşkil edilmemiş bulunması sebebiyle, Yargıtay, mahkemelerin bu tedbiri uygulayan kararlarını önce bozmuş, sonra bu kararından vazgeçmiş⁵²⁵ ise de, yaptırım yine de geniş bir uygulama alanı bulamamıştır⁵²⁶.

⁵²¹ Maddenin yürürlükte olduğu dönemde, maddede yazılı eğitim kurumundan ne anlaşılması gerektiği kolaylıkla bulunabilir ise de, ıslah kurumundan ne anlaşılması gerektiği hususunda tereddüt doğduğu, ıslah kurumundan, bazı ülkelerde benzerlerine rastlanılan ve henüz suç işlememiş olmakla beraber geçimsiz, huysuz, problemlili, güçlükler çıkartan çocuk ve gençler bakımından kurulmuş olan ve bunları, kişiliklerine uygun metodlar uygulayarak sosyalleştirmek amacını güden kurumların anlaşılması gerektiği, Ülkemizde ise henüz bu türden kurumların bulunmadığı ifade edilmiştir. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 726.

⁵²² “647 Sayılı Kanunda da ‘altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmek (CİHK m.4/1 b.3) şeklinde yer alan bu tedbire, m. 50’de biraz daha farklı bir şekilde yer verildiğini görmekteyiz” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 554.

⁵²³ Her ne kadar 647 Sayılı Kanun madde 4/5 gereğince : “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları birinci fıkranın 2, 3, 4 ve 5 numaralı bentlerinde yazılı tedbirlerden birine çevrilmiş olanlardan tedbir hükümlerini Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen 30 gün içerisinde yerine getirmeyenler veya hüküm gereklerine aykırı hareket edenlerin tedbirlere çevrilmiş olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarının, tedbir hükümlerinin muhalefetlerinin derecesine göre kısmen veya tamamen infazına veya infaz olunmamasına hükmü veren mahkemece karar verilir” hükmü bulunsu da CGTİHK’nın m. 105/5’de yer alan, “Mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama halinde geri kalan ceza aynen çektirilir” hükmüne benzer bir düzenleme, 647 Sayılı Kanunda bulunmamaktadır.

⁵²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 726.

⁵²⁵ 6. CD, 04.03.1975 gün, 1975/1651-1050 (ÇAĞLAYAN, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve Uygulamamız, s. 135) DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 726.

⁵²⁶ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 726; “...Altı ayı geçmemek üzere eğitim veya ıslah kurumuna devam etme tedbirinin uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Daha önemlisi tedbir hukukumuzda hiç uygulanmamıştır. 6 CD 21.05.1975 gün 2441/2458, (YKD, Cilt.II, 1976 Sayı 2, s. 267) bu kararda belirttiği gibi tedbirin infaz edileceği kurum yoktur” NUHOĞLU, s. 339.

B. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Benzer Tedbirlerden Ayrılması

TCK m. 50/1 (c)'de yer alan bu seçenek yaptırımın bir güvenlik tedbiri olduğu ve ve amacının “suçlunun uslandırılması, eğitiminin ve sosyalleştirilmesinin sağlanması ve topluma yararlı bir birey olarak yeniden kazandırılması” olduğu iddia edilmektedir⁵²⁷. Oysa, TCK'nın 50. maddesinde yer alan diğer tüm seçenek yaptırımlar gibi bu seçenek yaptırım da, bir güvenlik tedbiri değil bir cezalandırma biçimidir. Buna karşılık, 51/4 (a) maddesinde yer alan ve cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere belirlenecek denetim süresi içerisinde bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesi zorunluluğu ile, 51/4 (c) bendinde yer alan, cezası ertelenen 18 yaşından küçük olan hükümlülerin bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi yükümlülüğü birer güvenlik tedbiri niteliğindedir ve bir ceza olarak TCK'nın 50/1 (c) maddesi gereğince kısa süreli hapis cezası için verilen bu yaptırımdan tamamen farklıdır.

Eğitim kurumuna devam etme zorunluluğu seçenek yaptırımı ile karıştırılmaması gereken bir diğer müessese ise Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) yer alan eğitim tedbiridir⁵²⁸. TCK'da çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve nasıl

⁵²⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 346.

⁵²⁸ Eğitim tedbiri bakımından en önemli tarihi gelişim olarak zikredilmesi gereken husus, Alman Gençlik Mahkemelerinin kuruluşudur. 1920'li yılların başında, genç suçlular ve bakım ve gözetim ihtiyacı içindeki çocuklar için özel nitelikte kanunların çıkartılması yolundaki talepler doğrultusunda, 1923 yılında, Alman Gençlik Mahkemesi Kanunu (Al. GMK) çıkartılmıştır. Kanunun çıkartılmasına egemen olan Alman ceza hukukunun iyileştirilmesi fikri, klasik ceza hukukuna değil, cezaî yaptırımların kullanımını red eden “modern ceza hukuku” ve onun büyük bir savunucusu olan Franz von Liszt'te dayanmaktadır. Çünkü, von Liszt'e göre, genç bir suçlunun, suçu ile bırakılması durumunda üstlenilecek olan tekerrür riski, genç suçlunun cezalandırıldıktan sonra yaratacağı riskten daha düşüktür. Al. GMK'ü, genç suçlulara ilişkin büyük değişim yapmış, 14'ten, 17 yaşına kadar olan gençler tarafından işlenen suçlar için, özel bir yasal yapı getirmiştir. Bu gün bile Alman ceza hukuku, çocuklara ve gençlere, yetişkinlerden farklı davranılması gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Bunun nedeni genç suçluların ıslah edilmesi ve eğitilmesi gerektiği tezine dayanmakta olmasıdır. 1943 tarihinde Alman Nasyonal Sosyalizminin etkisi altında yapılan hariç, 1953 ve 1990 yıllarında bu kanunda yapılan değişikliklerin, eğitim ilkesini ve gençlere özgü ceza adaletinin cezaî etkisini azaltmayı savunmuş ve bunu yerine getirmiştir. Alman ceza hukukuna göre, genç ceza hukuk ile yetişkin ceza hukuku arasındaki en önemli fark, ceza vermenin genel yönlendirmelerindedir. Yetişkin ceza hukukun merkezinde suç vardır. Burada ceza vermek, suçun ağırlığını, kişisel suçluluğu, özel ve genel önlemeyi yansıtmaktadır. Oysa gençlik ceza hukuku suçlu üzerine odaklanmakta ve yegane ceza verme aracı olarak özel önlemeyi kabul etmektedir. Burada temel

uygulanacakları hususunun ilgili kanunda gösterileceği ifade edilmiştir (TCK m. 56). ÇKK'nın 11. maddesi gereğince, bu kanunda düzenlenmiş bulunan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen⁵²⁹ ve cezaî sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından⁵³⁰, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak anlaşılması gerektiği ifade

hedef eğitim ve ıslahıdır. Vurgu, suç veya onun ağırlığı üzerine değil, suçlu ve onun ihtiyaçları üzerinedir. ALBERCHT, Gençlik Adaleti, s. 533-536.

⁵²⁹ ÇKK'nın 3. maddesi 2. paragrafından yer alan “suça sürüklenen çocuk” tanımı yanlıştır. Çünkü, suça sürüklenen çocuk, suç işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da eylemi nedeniyle hakkında güvenlik önlemine karar verilen çocuk biçiminde tanımlanmaktadır. Hakkında kovuşturma veya soruşturma yapılan bir çocuğun, soruşturma veya kovuşturma sonunda suçsuz olduğu, işlenen fiil ile hiçbir ilgisinin bulunmadığının tespit edilmesi durumunda, bu tanım nedeniyle hakkında hukukî yaptırım uygulanmış olması hukuksal yanlışlıklara sebebiyet verecek demektir. ÜNVER, Yener, “Çocuk Koruma Kanunu”, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, s. 28; Kanaatimizce; “suç şüphesi altındaki çocuk” biçimindeki bir anlatım amaca daha fazla hizmet edecek yeterliliktedir. Kaldı ki TCK, Dönmezer Tasarısı olarak adlandırılan 2001 yılındaki ilk halinde; Türk çocuk ve küçük ceza hukuku sistemi kurulmakta, suçu işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış olan çocuk ve küçüklere bu hükümlerin uygulanması öngörülmekte böylece TCK tasarısı içerisinde, hem büyüklere ve hem de çocuk ve küçüklere uygulanacak hükümler bulunmaktaydı. Bu tasarıda suç tarihinde, 12 yaşını bitirmiş olup, 15 yaşını bitirmemiş olanlar çocuk, 15 yaşını bitirmiş olup, 18 yaşını bitirmemiş olanlar ise küçük olarak tanımlanmıştır. YENİSEY, Genç Ceza Hukuku, s. 26; İtalya’da, 250 Sayılı RG’de 24 Ekim 1988 tarihinde yayınlanan ve yayımlandıktan bir yıl sonra yürürlüğe giren 22 Eylül 1988 tarih ve 488 Sayılı Sanık Çocukların Ceza Yargılamasına İlişkin Kanun, “sanık çocuklar” terimini kullanmaktadır. GÜLŞEN, Recep, “İtalya’da Çocuk Yargılamasına İlişkin Düzenlemeler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 446.

⁵³⁰ Ceza sorumluluk yaşı Türk Ceza Hukuku bakımından 12’dir (TCK m.31/1). Ceza sorumluluk yaşı, Belçika ve Romanya’da 18, Portekiz, İskoçya ve İspanya’da 16, İskandinav Ülkelerinde (İsveç, Norveç, Finlandiya ve Danimarka’da) 15, Almanya, Avusturya, Macaristan ve İtalya’da 14’tür. Fransa, Polonya ve Yunanistan’da 13 olmasına rağmen, bazı durumlarda, daha alt seviyedeki yaş grubunda bulunanlara da müdahale edilebilmektedir. Ceza sorumluluk yaşı, Hollanda’da 12, İngiltere’de 10 olmasına rağmen, bu ülkelerde hürriyeti kısıtlayıcı ceza uygulama yaşı 15’dir. İrlanda’da ceza sorumluluk yaşı, ABD’nin birçok eyaletinde olduğu gibi 7’dir. Buna rağmen, İrlanda’da, hürriyeti kısıtlayıcı ceza, ancak 15 yaşından büyüklere verilebilmekte, 15-18 yaş grubuna ise çok özel durumlarda hapis cezası verilebilmektedir. Avrupa ülkelerinde, ceza sorumluluk yaşı farklılıklar göstermekle beraber, hürriyeti bağlayıcı cezaların, genellikle 14-15 yaş civarında verildiği anlaşılmaktadır. TEKİN, Uğur, “Çocuk Yargılamasında Avrupa’da Yeni Uygulamalar”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 488; TCK’da, ceza sorumluluk yaşı 11’den 12’ye çıkartılmıştır. Bunun doğru bir yaklaşım olduğu tartışılabilir. Çünkü, son yılların suç politikasına ilişkin karşı tezlerin ana merkezinde ceza yaşının indirilmesi yer almaktadır. HEINZ, Gençlik Ceza Hukukunun Sertleşmesi, s. 153; Örneğin; Alman Ceza Hukukuna göre, 14 olan ceza sorumluluk yaşının (Al. CK, § 19 ve Al. GMK, § 1) son yıllarda çocuk suçluluğundaki artış nedeniyle indirilmesi tartışılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: PAUL, Andreas, “Gençlik Ceza Hukukundaki Yaş Basamaklarının Reformu”, (Çev.: Ali Kemal YILDIZ), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s.375-382); Ceza sorumluluk yaşının indirilmesi tartışmalarında, teknolojinin gelişmesi ve küçük yaşlardan itibaren bunun öğrenilmesindeki kolaylıklar, bilgiye ulaşmak hususunda son yıllarda yaşanan hızlı gelişmeler ile çocuklara sunulan geniş eğitim imkanları sayesinde çocukların daha hızlı geliştikleri ve suç işleme eğiliminde artış olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar genç insanların, her toplumda ve zamanda kayıt altına alınan suçlulukta daha büyük bir sayıya ulaştıkları bir gerçek ise de bunda, gençlik çağında aktivitenin yüksek oluşu ile bireyin, bu yaşlarda sınırları zorlamak hususundaki genel eğilimi gerekçe

edilmektedir. ÇKK'nın 5/1. maddesine göre bu tedbirler esas itibariyle beş ana grupta toplanmakta olup, bunlar; danışmanlık⁵³¹, bakım⁵³², sağlık⁵³³, barınma⁵³⁴ ve eğitim tedbiridir⁵³⁵. 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 ilişkin olabilir⁵³⁶. Çocuklara ilişkin eğitim tedbiri de, diğer

olarak gösterilebilmektedir. Genç suçluluğunun daha fazla görülmesinin bir diğer sebebi ise, yetişkin suçluluğunun daha karmaşık ve bu nedenle kovuşturulmasının daha zor olmasında aranmaktadır. HEINZ, Gençlik Ceza Hukukunun Sertleşmesi, s. 155; Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz: HEINZ, Wolfgang, “Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza Yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?”, (Çev.: Mustafa Ruhan ERDEM), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 281; Buna rağmen, ceza sorumluluk yaşının indirilmesine gerekçe olarak gösterilen çocuk suçluluğunun giderek artmakta olduğu hususu kanaatimizce doğru bir tespittir. Çünkü; Almanya’da, ceza ehliyeti olmayan çocukların suçluluk yoğunluğunun, son yıllarda hızla arttığı ve bu suçların büyük bir kısmının basit malvarlığı suçlarına ilişkin olduğu bildirilmektedir. HEINZ, Gençlik Ceza Hukukunun Sertleşmesi, s.157; Örneğin, Baden-Württemberg’de, 1999 yılında, çocuk şüphelilerin % 54’ü hırsızlık suçu nedeniyle kayıt altına alınmıştır. HEINZ/CORNELIUS/PAILER, s.229; Çocuk suçluluğu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz, SCHWIND, Hans-Dieter, “Yaş ve Cinsiyete Göre Suçluluk”, (Çev.: Özlem YENERER ÇAKMUT), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 357-374); HEINZ, Wolfgang, “Shakespeare’den Bir Konu Üzerine Kriminolojik versiyonlar”, (Çev.: İlker TEPE), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 501-531); Bu nedenlerle, kanaatimizce ceza sorumluluk yaşı yükseltmek yerine indirilmeli, ancak, hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımının uygulanması yaşı yükseltilmelidir. Bir başka anlatımla “erken sorumluluk ancak geç hapis” genç (çocuk) ceza hukukunda temel ilke olmalıdır. Örneğin; Almanya, Avrupa Ülkeleri içinde en az gençlik hapsedme oranına sahiptir. ALBRECHT, Hans-Jörg, “Almanya’da Gençlik Adaleti”, (Çev.: Selman DURSUN), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 533.

⁵³¹ Çocuğun bakımından sorumlu kimselere, çocuk yetiştirme konusunda; çocuklarda eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol gösterilmesi demektir.

⁵³² Çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin, herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya kurumlara yerleştirilmesidir.

⁵³³ Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının koruması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonun yapılması ile bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin gerçekleştirilmesine yönelik tedbirlerdir.

⁵³⁴ Barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yerinin sağlanmasına yönelik tedbirlerdir.

⁵³⁵ Almanya’da, gençlik ceza hukuku esas itibariyle iki eksene dayanmakta olup, bunlardan birincisi, ilk kez 1532 Tarihli Carolina’dan beri, gençlerin daha dar kapsamlı sorumlu olduklarının kabulü, diğeri ise genç suçluların eğitim ile çok daha etkilenir oldukları ve büyük bir çoğunluğunun eğitime muhtaç oldukları tezidir. KREUZER, Arthur, “Alman Gençlik Ceza Hukuku Hala Çağdaş mıdır?”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 97.

⁵³⁶ Al. GMK § 10’a göre eğitim tedbirleri; toplum hizmeti, sosyal eğitim kurslarına katılma, mağdur fail arabuluculuğuna katılma, trafik eğitimine katılma, bir sosyal çalışan tarafından gözetim ve mesleki eğitime devam etmeyi içerir. Eğitim tedbirine uymamak kısa süreli alıkoyma disiplin tedbirinin

dört grup tedbir gibi tamamen birer güvelik tedbiri niteliğindedir ve esas itibarıyla suça sürüklenen ve kendisine ceza tertip edilemeyecek olan çocuklar için hükmedilebilmektedir⁵³⁷. Bu güvenlik tedbirlerinin amacı çocuğun korunması ve desteklenmesidir⁵³⁸.

5275 Sayılı CGTİHK'nın 107/8. maddesi gereğince; koşullu salıverilmeden yararlanan çocuk hükümlülerin, denetim süresince eğitimlerine gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam etmesi şeklinde infaz edilebilir. Görüldüğü üzere, bu tamamen infaz aşaması ile ilgili olup ceza olarak hükmolunan bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımdan tamamen ayrı bir durumu ifade etmektedir.

5271 Sayılı CMK'nın 231/8. maddesi (a) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde⁵³⁹, sanığın, 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmasıyla, bu süre içerisinde, bir yıldan fazla olmamak üzere, mahkemece belirlenecek süreyle, sanığın bir denetimli serbesti tedbiri olarak bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine karar verilebilir. Buradaki yükümlülük bir denetimli serbesti tedbiridir. Bir ceza değildir.

uygulanmasını gerektirebilir. Al. GMK § 13'e göre, disiplin tedbirleri ise; üç kategoriye ayrılır; birincisi, suç siciline kayıt edilecek bir biçimde, gençlik hâkimi tarafından uyarma, ikincisi, bir para cezası ödeme, toplum hizmeti yapma (burada azami saat gösterilmemiş olup bu orantılılık ilkesi ile belirlenir), suçun mağduruna tazminat ödeme ve mağdurdan resmi bir özür dilenmesi biçimlerindeki tedbirlerdir. Disiplin tedbirlerinin üçüncü grubunu ise; dört haftaya kadar devam edebilen veya hafta sonları ya da boş zaman boyunca uygulanabilecek olan kısa süreli alıkoyma (Jugendarrest) oluşturur. Kısa süreli alıkoyma gençlik hapisanesinin özel bir bölümünde infaz edilir. Gençlere uygulanabilecek olan yegane ceza Al. GMK § 17 gereğince, gençlik hapsidir. Asgari gençlik hapsi altı ay, azamisi ise beş yıldır. Ceza kanunun yetişkin için 10 yıldan fazla azami ceza süresi öngördüğü suçlar için azami gençlik hapsi 10 yılı aşamaz. ALBRECHT, Gençlik Adaleti, s. 558-559.

⁵³⁷ Suça sürüklenmiş çocukların rehabilitasyonu bakımından gerek çocuk ve gerek ise aile bireylerinin eğitime azami önemin verilmesi gerekmektedir. ÜNVER, Yener, "İstanbul'daki Sokak Çocukları, Rehabilitasyon Çalışmaları ve Öneriler", Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, s. 22.

⁵³⁸ Koruyucu ve destekleyici bu tedbirler, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba ve vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hakimince alınacaktır. Tedbir kararının uygulanması üçer aylık devreler halinde, kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından incelenecektir. Verilen tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından re'sen yerine getirilebileceği gibi, bu husus, denetim memuru, çocuğun velisi, vasisi, bakım veya gözetimi üstlenen kimse, tedbir kararını yerine getiren kişi veya kuruluşun yetkili temsilcisi veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine de yapılabilir (ÇKK m. 8).

⁵³⁹ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, 25.07.2010 gün ve 27652 Sayılı RG'de yayınlanan, 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile

TCK'nın 50. maddesi gereği hükmolunan bir ceza, 51/4. maddesi (a) ve (c) bentlerindeki yükümlülükler ile CMK'nın 231/8 (a) maddesi gereğince hükmolunanlar ise birer tedbir niteliğinde yaptırımlardır. Zira m. 51/1 (a), (b) bentlerinde yazılı olan durumda asıl olarak hükmolunan bir hürriyeti bağlayıcı ceza (hapis cezası) vardır ki bu ceza tedbire bağlı olarak ertelenmektedir. CMK'nın 231/8. maddesindeki düzenlemede ise ceza verilmemekte, önce tedbirin uygulanması ve ancak bunun sonuç vermemesi durumunda cezalandırma söz konusu olabilmektedir. Oysa seçenek yaptırımda hükmolunan eğitim kurumuna devam etme yaptırımının kendisi bir cezadır ve bunun infaz edilmesi ile ceza infaz edilmiş sayılmaktadır⁵⁴⁰.

C. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Süresi

TCK'nın 50/1 (c) maddesi gereğince; bu seçenek yaptırımın süresi en az iki yıl olmalıdır. Seçenek yaptırımın üst sınırı belirtilmemiş olduğundan, bunun üst sınırını, hakim, re'sen belirleyecektir⁵⁴¹.

Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, burada “üst sınırın belirtilmemiş olması, yaptırımı, güvenlik tedbiri niteliğine yaklaştırır. Diğer bir deyişle üst sınırın belirtilmemiş olmasının sebebini bunda aramak gerektiği”ni ifade etmektedirler⁵⁴². Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi, bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımı da 50. maddenin 1. fıkrasında yazılı diğer yaptırımlar gibi bir ceza yaptırımıdır. Burada, bir üst sınır getirilmemesi, hükmolunacak yaptırım ile elde edilmek sitenilen 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. Ancak, bunun, hiçbir üst sınırı olamayacağı biçiminde anlaşılması mümkün değildir. Mesela, meslek veya sanat

TCK m.231/6. fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir.

⁵⁴⁰ Bu husus daha önce Güvenlik Tedbirleri ve Seçenek Yaptırımlar bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

⁵⁴¹ “...Kanunda üst sınır öngörülmediğinden süre iki yıldan fazla da olabilir. İki yıldan az olmayacak bu süreyi hâkim belirler.” ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 872; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1131.

⁵⁴² ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 554.

edinmeyi düzenleyen mevzuat bu konuda hakime yol gösterecektir⁵⁴³. Üst sınırın belirlenmesinde, bilimsel kıstasların ve hükümlünün özel durumunun, göz önünde bulundurulması gerekir⁵⁴⁴.Yaptırımın bir ceza olduğu hususu da dikkate alınacak olursa, burada bir üst sınır belirleyen düzenlemenin getirilmesinin daha uygun olacağı söylenebilir⁵⁴⁵.

Bunun yanı sıra, tüm seçenek yaptırımlar için dikkate alınması gereken, suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılam sürecindeki pişmanlığı ve suçun işlenilmesindeki özellikler burada da göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü 50/1. maddesinde yer alan bu ibareler sadece birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımların türünün seçilmesi için gösterilen kriterler olarak yorumlanamaz. Pek tabidir ki, bu ibarelerin, öncelikle, seçenek yaptırımın türünün belirlenmesi için kullanılması gerekir. Ancak, bu ibarelerde yer alan bu kriterler, durumun gerektirdiği oranda, seçilen seçenek yaptırımın süresi, yoğunluğu vs için de kullanılmalıdır.

Bu nedenle, bu seçenek yaptırım seçildikten sonra, bir meslek ve sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan, bir eğitim kurumuna devam etmeye karar verildiğinde, bunun süresi en az iki yıl olmak üzere; sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak belirlenecektir. Burada belirtilmesi gereken en önemli hususlardan biri de, mesela, iki yıldan daha fazla bir süre için bir eğitim kurumuna devam etmeye karar verilmiş ise, bunun, gerekçesine karar yerinde mutlaka değinilmesi gerekir. Zira, iki yıldan daha fazla bir süreyle, hükümlünün, bir zorunluluk altında bulundurulması, sanığın ıslahı amacını da gütse, mutlaka, hükümlünün hürriyetini daha fazla kısıtlayan bir durumdur. Onun için, bu hususun, mutlaka gerekçelendirilmesi gerekir. Yargıtay, benzer durumlar için, kararın gerekçeli olması gerektiğine ve bu gerekçenin, yargılama aşamasında izlenilen, sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösterir biçimde, geçerli ve yasal olması gerektiğine, yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan, yasadaki sözcüklerin

⁵⁴³ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s.82; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 475.

⁵⁴⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1131.

⁵⁴⁵ Örneğin, üniversitelerdeki lisans eğitiminin bir yıl hazırlık programı olması durumunda 5 yıl, diğer hallerde ise genelde 4 yılda tamamlanmakta olduğu dikkate alınarak, mesela, 5 yıl ya da 4 yıl gibi bir süre

tekrarı ile yetinilerek karar verilmesinin, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceğine ve uygulamada da keyfiliğe yol açacağına karar vermiştir⁵⁴⁶.

D. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının Uygulanmasının Amacı

Eğitim kurumuna devam zorunluluğu, sanığın, bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla yapılmalıdır⁵⁴⁷. Bu seçenek yaptırıma, bir meslek veya sanat edinme amacı dışındaki bir amaçla başvurulması, mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay verdiği bir kararında, “iki yıl süreyle erkek yetiştirme yurdunda kalmaya devam etmeyi” bu amaca hizmet eder görmemiştir⁵⁴⁸. Aynı şekilde, “her gün bir saat süreyle bir kütüphanede kitap okuma tedbirine” hükmolunmasını da, Yargıtay CGK, TCK m.50/1 (c)’de düzenlenmiş bulunan eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımı niteliğinde görmediğini ifade etmektedir⁵⁴⁹.

kabul edilebilirdi. Üst sınır getirilmesi yolundaki diğer bir görüş için bkz: İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 223.

⁵⁴⁶ “Anayasa’nın 141. ve CMUK’nın 32. maddeleri uyarınca, mahkemelerce 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilirken, uygulanmama nedenini belirtir yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi zorunludur. Gerekçe istem konusundaki takdirin akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun olarak açıklanmasıdır. Gerek Anayasamızda ve gerekse Kanunlarımızda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bununla beraber, gösterilen gerekçenin, soruşturma aşamasında izlenen sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması gerekmektedir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan, yasadaki sözcüklerin tekrarı ile yetinilerek 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi uygulamada da keyfiliğe yol açacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla cezalar hakkında 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığı konusundaki takdirin mutlaka yasal olması, sanığın kişiliğine dayanması ve olay ile uyumlu olması şarttır...” 7. CD, 20.12.1991 gün, 8772/14867 (MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996, s. 108).

⁵⁴⁷ “Tedbirle bir meslek veya sanat edinmenin sağlanması amaçlanmıştır”

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 872; Aynı doğrultuda:

ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 554.

⁵⁴⁸ “5237 Sayılı TCK’nın 50/1 (c) madde ve fıkrasında öngörülen ve fıkranın düzenleniş amacı olan ‘bir meslek veya sanat edindirmek’ hükmü göz ardı edilerek hükmolunan cezanın 2 yıl süre ile erkek yetiştirme yurdunda kalmaya devam etme tedbirine çevrilmesine karar verilmesi yasaya aykırıdır” 8. CD, 02.02.2007 gün, 626/818 (YALVAÇ, s. 385); Aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1537, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, 1157.

⁵⁴⁹ “Özel dairece uygulanmasına karar verilen, hapis cezasının ‘her gün bir saat süreyle bir kütüphanede kitap okuma tedbirine çevrilmesine’ tedbiri 5237 Sayılı Yasanın 50. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; ‘en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye’ biçiminde düzenlenen ‘bir meslek veya sanat edinmek

Meslek ve sanat ile anlaşılması gereken, kişinin geçimini temin etmek için elde etmesi gereken bir beceri olmalıdır. Mesela, bir bilgisayar kullanma kursu, muhasebecilik kursu, terzilik, berberlik, kuaförlük gibi bir uğraşı, kişinin elde edebileceği bir meslek veya sanat olarak düşünülebilir. Bu hususta, özellikle, Halk Eğitim Merkezlerinde açılan kurslar, hakime, devamı zorunlu olan meslek ve sanat edinme eğitim kurumu hakkında, bilgi verebilir.

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. Burada tartışılması gereken bir husus, işlenilen suç ile sanığın bir meslek veya sanatının bulunmaması arasında bir ilginin (irtibatın) bulunup bulunmadığının araştırılıp araştırılmayacağıdır.

Kanaatimizce, Kanun, suçun işlenilmesinden sonra, sanığın bir meslek veya sanatının bulunmaması arasında, kendiliğinden, bir ilgi görmektedir. Bir başka anlatımla, sanığın suç işlemiş olması durumunda, bir meslek ve sanatı da yoksa, suç işlenilmesi ile, bu meslek veya sanatın bulunmaması arasında, doğrudan, bir ilişki görmektedir. Toplumsal hayata bakıldığında, bir meslek veya sanatı olan ile olmayan arasında, suç işleme eğilimi açısından, bir farklılığın bulunduğu, her türlü açıklamadan varestedir. Suç işlenilmesindeki en büyük şahsî sebeplerden biri de, hiç kuşku yok ki, sanığın, bir meslek veya sanatının bulunmamasıdır. Bu nedenle, Kanun, suç işlemiş olan bir kimseye, ceza vermek yerine, onun suç işlemesine etkide bulunan, meslek veya sanatının olmaması sebebini de ortadan kaldırmaya çalışmakta, böyle bir kimseye hürriyeti bağlayıcı ceza vermek yerine, onun meslek veya sanat edinmesini sağlamayı hedeflemektedir. Böylece, hem insanî olan gerçekleşmekte ve hem de yeniden suç işlenilmesinin önüne geçmeye çalışmaktadır. Çünkü *Baccaria*'nın dediği gibi, “suça karşı savaşmanın en etkin yollarından biri eğitimidir”⁵⁵⁰.

Burada tartışılması gereken bir başka mesele ise, sanığın bir meslek veya sanatının bulunmasına rağmen işsiz olmasıdır. Kanun meslek ve sanat edindirmeyi

amacıyla bir eğitim kurumuna devam’ tedbiri kapsamında değerlendirilemez” CGK, 29.04.2008 gün 80/93 (ŞİRİN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ/ÖZDEMİR/EREL, s. 123-125).

⁵⁵⁰ BACCARIA, Suçlar ve Cezalar (ÖZBAYRAK Çevirisi), s. 137.

teşvik etmektedir. Ancak, zaten bir meslek veya sanatı olduğu halde, işi bulunmadığı için suç işleyen biri hakkında, örneğin bir işe yerleştirilmek gibi bir seçenek yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir.

Kanun, meslek veya sanat edindirmekten bahsetmekte ve fakat işi olmayanın bir işe yerleştirilmesinden bahsetmemektedir. İşsiz olduğu için, suç işlemiş birinin, kendisine hükmolunacak ceza yerine, bir işe yerleştirilmesi pek tabidir ki bir ceza olarak yorumlanamaz. Özellikle, Türkiye gibi işsizlik oranının çok yüksek olduğu bir ülkede, böylesine bir yolun açılması, suçların önlenmesi yerine, belki de, sanıkların, herhangi bir işe yerleştirilme gayesi ile, suç işlemesini teşvik edebileceği söylenebilir. Bu nedenle, seçenek yaptırım ancak ve yalnızca, bir meslek veya sanatı olmayanlar hakkında uygulanabilir. Yoksa bir sanat veya mesleği olduğu halde, işsiz kalmış bir sanık hakkında uygulanamaz.

Hakim, bu seçenek yaptırıma hükmetmeden önce, gerekli yazışmaları yaparak, sanığın devam etmesi gereken en uygun eğitim kurumunu belirlemelidir. Kanaatimizce, en az iki yıl süreyle devam edilecek eğitim kurumu belirlenirken, eğitim kurumunun adına, devam edilecek olan kurs veya sınıfın hangisi olduğuna vs kararda açıkça yer verilmesi ve bu hususta sonradan çıkacak belirsizliklerin başlangıçta giderilmesi gerekir. Ayrıca, hakim, hangi eğitim kurumuna neden gerek gördüğünü de, denetime imkân verecek şekilde karar yerinde tartışmalıdır.

Bir seçenek yaptırım olarak, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine hüküm altına alınacak olan TCK m. 50/1 (c) bendinde yer alan, eğitim kurumuna devam zorunluluğu, gerektiğinde, barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme biçiminde hüküm altına alınabilir. Barınma imkânı, seçenek yaptırıma hükmolunabilmesi için bir zorunlu şart değildir⁵⁵¹. Eğitim kurumunun, barınma imkânı varsa, kişinin, bu imkândan yararlandırılması için, bunun da karar altına alınması gerekir. Kişinin barınma imkânı yoksa, barınma imkânı olan ve olmayan benzer nitelikte eğitim kurumları arasından, barınma imkânı bulunan eğitim kurumunun tercih edilmesi gerekir. Zira, eğitim kurumuna devam edecek olanın, hiç olmazsa, barınma problemi ile de uğraşmaması ve

⁵⁵¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 872; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 554.

böylece, eğitimden beklenen faydanın daha üst bir düzeyde elde edilmesine katkıda bulunulması sağlanmış olacaktır.

Ayrıca şunun da ilave edilmesi gerekir ki, eğitim kurumunun mutlaka “bedelsiz” olması gerekir. Zira, hükümlüye, bir kuruma devam için, bir ücret ödeme zorunluluğu yüklenemez. Aksi takdirde, bu, hükmolunan yaptırım ile birlikte ekonomik nitelikte başka bir cezaya da hükmolunması anlamına gelir⁵⁵².

E. Eğitim Kurumuna Devam Zorunluluğu Seçenek Yaptırımının İnfazı

TCK’nın 50/1 (c) maddesi gereğince, eğitim kurumuna devam zorunluluğu seçenek yaptırımının, nasıl infaz edileceğini “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/3. maddesi ile “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin”⁵⁵³ 32. maddesi göstermektedir

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü ya da Bürosu, ilgili kurumlarla işbirliği yaparak, bölgelerinde bulunan eğitim kurumlarını belirler ve bunları mahkemelere verirler.

Kesinleşen bir eğitim kurumuna devam etme yaptırımını içeren ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca, ilâm, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğüne ya da bürosuna gönderilir. Bu birimlerce yapılacak tebligatta, on gün içinde, hükümlünün, kararın infazı için başvurması istenir. Başvuru halinde, hükümlüye, eğitim kurumuna devam etme yaptırımının infaz şekli açıklanır. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın, on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanılmaması halinde, durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

⁵⁵² DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 726; ARTUK’a göre kurumun parasız olması gerekir. ARTUK Mehmet Emin, Mukayeseli Çocuk Muhakemesi Hukuku (Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi) İstanbul 1987, s. 160.

⁵⁵³ RG: 20.12.2005 gün ve Sy. 26029.

IV. BELİRLİ ETKİNLİKLERDEN veya BELİRLİ YERLERE GİTMekten YASAKLAMA SEÇENEK YAPTIRIMI

TCK'nın 50/1 (d) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya çevrilebilir.

Bu seçenek yaptırım, 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesi 4. bendinde yer alan “Hükümlünün bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve san'atı yapmaktan” yasaklanmasına benzemektedir. Ancak, ondan farklı olarak, yeni düzenlemede, belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma da öngörülmektedir⁵⁵⁴.

647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesinde yer alan, “muayyen” bir yere gitmekten men'ine karar verilebileceği şeklindeki anlatımda bulunan, “muayyen bir yer” deyimini ile, sadece, belirli, isimli bir yerin değil ve fakat genel nitelikteki belirli yerlerden mesela “meyhaneler”, “kahvehaneler” gibi yerlerin de anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁵. Kanaatimizce, “muayyen yer” ile “ifade edilmek istenen şey ile “belirli yer” aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle “kahvehane, meyhane, birahane, stadyum, spor karşılaşmalarının yapıldığı salonlar” belirli yer kavramı içerisinde düşünülmesi gereken yerlerdendir.

A. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımı ile Belli Yerlere Gitmekten Yasaklanma ve Belli Yerlere Devam Etme (CMK 231/8-c) Tedbiri (Yükümlülüğü)

TCK'nın 50/1 (d) maddesi gereğince; belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırım ile karıştırılmaması gereken bir yaptırım ise CMK 231/8. maddesi (c) bendinde yer alan tedbirdir (yükümlülüktür).

⁵⁵⁴ ÖZBEK/KAMBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler. s. 555.

⁵⁵⁵ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 726.

CMK'nın 231/8 (c) maddesine göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde⁵⁵⁶, sanığın 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulması üzerine, bu süre içinde, bir yıldan fazla olmamak üzere ve mahkemenin belirleyeceği süre kadar, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına veya belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına, ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir.

Görüldüğü üzere, seçenek yaptırımdan farklı olarak, bunun bir denetimli serbesti tedbiri olduğu kanun tarafından açıkça dile getirilmektedir. Bu denetimli serbestlik tedbirine aykırı davranılması durumunda, açıklanması geriye bırakılan hükmün açıklanması söz konusu olacaktır. Bir başka anlatımla, sanık hakkında, cezalandırma söz konusu olacak, aksi takdirde, cezaî ilişki hiç kurulmayacak demektir. Görüldüğü üzere, burada, cezalandırmadan önceki bir aşama söz konusudur. Ceza ilişkisi henüz kurulmuş değildir. Oysa, seçenek yaptırımda cezalandırma ilişkisi tamamlanmaktadır. Seçenek yaptırımda, belirli yerlere gitmemek veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmanın, kendisi cezadır. Burada belirli yere gitmemek veya belirli etkinlik yapılmadığında ceza infaz edilmiş sayılmaktadır.

İki düzenleme arasında kendisini gösteren en önemli farklardan biri de, seçenek yaptırım olarak bir etkinliğin yapılması, yerine getirilmesi yani hükümlünün aktif bir faaliyette bulunmasına karar verilemez iken, tedbir niteliğinde bir yere gitmekten yasaklamanın yanı sıra, belli yerlere devam etme yükümlülüğü de söz konusu olabilmektedir. Bir diğer önemli fark ise, mahkeme denetimli serbestlik tedbiri olarak durumun elverdiği bir başka yükümlülüğe de karar verebilecektir. Bu farklılık seçenek yaptırımın ceza olması ile alakalıdır. Çünkü, kanunda açıkça ne tür bir faaliyet olduğu yazılı olmayan bir faaliyetin yapılmasına karar verebilmek cezanın kanuniliği ile bağdaşmaz⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki 6008 Sayılı Kanunun 7. maddesi ile TCK m. 231/6. fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir. (RG: 25.07.2010 gün ve Sy. 27652).

⁵⁵⁷ Örneğin; “Sanık hakkında tehdit suçundan tayin edilen hapis cezası 5237 Sayılı Yasanın 50/1 (d) madde ve fıkrası uyarınca tedbire çevrilirken, Yasada yer almayan ‘Bir yıl süreyle alkollü içecekler kullanmasının yasaklanmasına’ biçimindeki yasağa hükmolunamaz” 8. CD., 08.03.2007 gün, 3968/1803 (METİNER/KOÇ, s. 1534);

B. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımının Uygulama Biçimi

Öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken en önemli husus, seçenek yaptırımın, bazı etkinlikleri yapmama veya belirlenecek bazı yerlere gitmeme şeklinde olması gerektiğidir. Bir başka anlatımla, hükmolunacak ceza “etkinliği yapmama”, “belirli bir yere gitmeme” şeklinde kişiye negatif bir yük, bir kaçınma ödevi yüklemesi gerekmektedir. Yoksa, bazı etkinliklerin yapılması veya belirlenecek bazı yerlere gidilmesi şeklinde, kişiye, “aktif bir yük yükleyen bir ödev” hükmolunamaz. Böyle bir hüküm, kanaatimizce, cezaların kanuniliğine açıkça aykırılık teşkil edecektir

Hakeri, ABD Uygulamasından örnekler vererek; “bir yılda beş kere, üzerinde ‘ben mütevazî bir vatandaşı öldürdüm’ yazılı pankart ile dolaşma”, “mağdurun fotoğrafını cüzdanında taşıma” biçiminde kararlar verilebildiğini belirtmektedir⁵⁵⁸.

Ülkemiz uygulamasında çok sık görüldüğü üzere; “gasp suçunu işleyene veya memura karşı gelen çobana okuma yazma cezası, ya da Cem Uzan’a öfke kontrol dersi alma cezası⁵⁵⁹ ya da eşine kötü muamelede bulunan kocaya, üzerinde özür dilediğini içeren 1000 adet el ilânı dağıtma cezası⁵⁶⁰, eşine vuran koca aleyhine, kitap okuma ve eşine haftada en az bir kez olmak üzere çiçek götürme cezaları⁵⁶¹ verildiği yazılı ve görsel basında yer almaktadır

Kanaatimizce, okuma yazma yapılması ve bunun özetinin çıkartılarak infaz edildiğinin gösterilmesi gibi uygulamalar ile öfke kontrol dersi alınması ya da özür ilanları dağıtılması gibi ödevler, Kanunun açık düzenlemesine tamamen aykırıdır. Verilecek olan cezanın “bir kaçınma”, “bir men” biçiminde, kişinin tamamen pasif kalmasını gerektirecek nitelikte olması gerekir. Kişiye bir “yapma”, “etme” ödevi yüklenemez.

⁵⁵⁸ “14.05.2008 Tarihli “Houston Chronicle” gazetesi.” (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 385)

⁵⁵⁹ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 385

⁵⁶⁰ Kastamonu Araç Sulh Ceza Mahkemesince, eşine kötü muamelede bulunan koca için, üzerinde eşinden özür dilediğine dair yazı bulunan 1000 adet el ilânı dağıtma cezası verilmiştir. Turkish Daily News, 17.06.2009 tarihli günlük gazete.

⁵⁶¹ Turkish Weekly, 02.06.2009 tarihli gazete (<http://www.turishweekly.net/print.asp?type=1&id=83021>), (erişim: 30.10.2009).

Yargıtay verdiği karar ile, müessir fiil suçundan cezalandırılan sanığın, üç adet kitap okuması gerektiğine dair yerel mahkeme kararını bozmuş, fakat, verilen ceza ile işlenen suç arasında nasıl bir bağıntı kurduğunu belirtmeden, sanığın “ilçede yapılacak futbol maçlarına gitmekten yasaklanması” kararı vermiştir⁵⁶².

Nitekim Yargıtay CGK verdiği karar ile⁵⁶³, “Belli yerlere gitmekten yasaklanma ya da belli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma biçimindeki her iki tedbirde de ‘bir şeyi yapmaktan yasaklama’ biçimindedir. Bu nedenle bu bend gereğince bir şeyi yapma tedbirine karar verilmez” görüşündedir.

Bazı etkinliklerden veya belirli bazı yerlere gitmekten yasaklama seçenek yaptırım uygulanırken, zaten ahlaken ya da kanunen yasaklanmış bir etkinlik veya girilmesi zaten yasak olan bir yere gitmekten yasaklama şeklinde bir seçenek yaptırımı hükmolunmaması gerekir. Örneğin, zaten taşınması yasak olan bir eşyanın, taşınmasının seçenek yaptırım biçiminde yasaklanması gibi bir cezaya hükmolunmaması gerekir. Yargıtay verdiği bir karar ile, “bıçak taşıma eyleminin yasanın burada anladığı anlamda bir etkinlik olamayacağına” karar vermiştir⁵⁶⁴. Bunun yanı sıra, yaşı itibarıyla zaten içkili yerlere gitmesi yasak olan birinin, içkili yerlere gitmekten yasaklanmasına karar verilemeyeceğini belirlemiştir⁵⁶⁵.

⁵⁶² “Sanığa müessir fiil suçundan verilen 1 ay 15 gün hapis cezasının sanığa yükümlülük getirecek biçimde 27 gün süre ile halk kütüphanesinde 3 adet dünya klasiklerinden okuma yaptırımına çevrilmesinde isabet görülmediğinden bozulmasına, 5237 Sayılı TCK’nın 50/1-d bendi uyarınca sanığın sosyal ve ekonomik durumu nazara alınarak 27 gün süreyle ilçede yapılacak futbol maçlarına gitmekten yasaklanması tedbirine çevrilmesine” 3. CD, 14.11.1007 gün 11371/8313 (YALVAÇ, s. 378-379) aynı karar için bkz: (www.cigm.adalet.gov.tr).

⁵⁶³ TCK m. 50/1 (d) bendine göre, hapis cezası mahkûm edilen cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belli yerlere gitmekten veya belli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya çevrilebilir. Bu yaptırımın ne biçimde infaz edileceği ise Tüzüğün 51.maddesinin 4.fıkrasında düzenlenmiştir. Açıkça görüleceği üzere, d bendinde, belli yerlere gitmekten yasaklanma, veya belli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma biçiminde iki ayrı tedbirden bahsedilmektedir. Buna karşılık bahsedilen tedbirlerden her ikisi de ‘bir şeyi yapmaktan yasaklanma’ biçimindedir. Aksine (d) bendi uyarınca ‘bir şeyi yapma’ tedbirine karar verilmesi olanaklı değildir” CGK, 29.04.2008 gün, 7-80/93.

⁵⁶⁴ “Yasada geçen etkinlik kelimesinin sözcük anlamı ‘insanın çevresiyle arasındaki ilişkileri düzenleyen her türlü eylem, çalışma, iş yapma, işlerlik ve devinimdir. Bu durumda bıçak taşıma eylemi bir etkinlik olarak kabul edilemeyeceğinden, sanık hakkında belirlenen kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı hapis cezasının 5237 Sayılı Yasanın 50/1. madde ve fıkrasında öngörülen diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi gerekir” 2. CD, 23.12.2008 gün, 12198/22687.

⁵⁶⁵ “Sanığın hüküm tarihindeki yaşına göre, yasal olarak içkili yerlere gitmesinin yasak olduğu gözetilmeden, infaz yeteneği ve sanık üzerindeki etkisini ortadan kaldıracak biçimde verilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın, 5237 Sayılı TCK’nın 50/3. maddesi uyarınca 3 ay süreyle içkili yerlere gitmekten yasaklanması tedbirine çevrilmesinin yasal olmadığı” 6. CD, 03.10.2007 gün, 12670/9785 (METİNER / KOÇ, s. 1526).

C. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklanma Seçenek Yaptırımı ile İşlenen Suç arasında İlgili Bulunması Şartı

Ülkemiz Uygulamasında verilen birçok kararda, bu şartın göz ardı edilebildiği anlaşılmaktadır. Örneğin; “Gaspçıya okuma yazma, memura karşı gelen çobana üç yıl klasikleri okuma, kaçak elektrik kullanma suçunu işleyene, güzellik salonuna ve düğüne gitmeme ya da sinemaya gitmeme cezalarının” verilebildiği görülmektedir⁵⁶⁶.

Yine, hizmet nedeniyle görevi kötüye kullanma suçu için, yurt dışına çıkmaktan yasaklama⁵⁶⁷, kooperatif olağan genel kurul toplantısını yapmamak suçu için, spor maçlarına gitmekten yasaklama⁵⁶⁸, elektrik enerjisi hırsızlığı için büyük alışveriş merkezi niteliğindeki marketlere gitmekten yasaklama⁵⁶⁹, eşini tehdit suçu için, tek el bayilerine gitmekten yasaklama⁵⁷⁰, çocuğunu yaralamak suçu için komşularına gitmekten yasaklama⁵⁷¹ kararları verilebilmektedir.

Seçenek yaptırım olarak hükmolunacak olan belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama ile işlenen suç arasında mutlaka mantıki bir bağ kurulmalıdır. Bir başka anlatımla, işlenen suç ile alakalı olan bir yere gitmek veya etkinliğin yasaklanması gerekir⁵⁷². Örneğin; usulsüz olarak futbol maçları için bilet satmak suçundan verilen cezanın, stad ve spor salonlarının çevresine yaklaşmama

⁵⁶⁶ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 385.

⁵⁶⁷ “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.

⁵⁶⁸ “1163 Sayılı Koop.Kanunun 45. maddesi gereğince kooperatif olağan genel kurul toplantısının zamanında yapmamak suçundan aynı kanunun 2/2 maddesi gereğince hükmolunan 25 gün hapis cezasının TCK 50/1 (d) gereğince, 15 gün süre ile Kayseri Erciyes Spor maçlarına gitmekten yasaklanmasına” Kayseri 1. Sulh CM, 10.07.2007 gün, 335/664.

⁵⁶⁹ “Elektrik enerjisi hırsızlığı suçundan TCK 142/1(f), 168/1, 62. maddeleri gereğince hükmolunan 6 ay 20 gün hapis cezasının, TCK’nın 50/1 (d) maddesi gereğince 1 yıl süreyle büyük alışveriş merkezi niteliğindeki marketlere gitmekten yasaklanması önlemine çevrilmesine ” Kayseri 1. As. CM, 01.10.2007 gün, 457/822.

⁵⁷⁰ “Sanığın eşine karşı işlediği tehdit suçundan TCK’nın 106/1-2, 62. maddeleri gereği hükmolunan 25 gün hapis cezasının TCK’nın 50/1 (d) maddesi gereğince, 25 gün süre ile Yenipazar ilçesindeki tek el bayilerine gitmekten yasaklama seçenek yaptırımına çevrilmesine” Yenipazar Sulh CM, 23.10.2008 gün, 21/123.

⁵⁷¹ “Sanığın kızını yaralamak suçundan eylemine uyan TCK’nın 86/2-3(a), 29, 62 maddeleri gereğince, hükmolunan 3 ay 10 gün hapis cezasının TCK’nın 50/1 (d) maddesi gereğince 2 ay müddetle ikamet ettiği sokaktaki komşularına gitmekten yasaklanmasına” Germencik Sulh CM, 30.10.2008 gün 125/202.

⁵⁷² “Yasağa konu yer veya etkinliğin işlenmiş olan suçla ilintili olması, benzer suçları işlemeye ortam oluşturan yer ya da etkinlik olmasına dikkat edilmelidir” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555.

seçenek yaptırımına evrilmesinde⁵⁷³, işlenen suç ile hükmolunan seçenek yaptırım arasında ilgi vardır.

Gidilmesi yasaklanan yer veya yapılması yasaklanan faaliyet, her halde, her yer veya faaliyet değil; sadece fail için, işlediği suçta, kriminojen ortam oluşturan yer veya faaliyet olmalıdır⁵⁷⁴.

Bu yapılmadığı sürece, seçenek yaptırımdan beklenen genel ve özel fayda sağlanamaz. Kaldı ki, böylesine uygulamalar suçların cezasız kaldığı gibi bir anlayışın yerleşmesine yol açacaktır. Bu nedenle, sanık hakkında uygulanacak seçenek yaptırımlar arasında bir tereddütün duduğu durumlar için, en uygun seçenek yaptırımın TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince adli para cezası seçenek yaptırımı olduğu düşünölyebilir. Çünkü, ekonomik ve sosyal durumu itibariyle, zaten yurt dışına çıkma ihtimali olmayan birine, örneğin, bu yolda bir seçenek yaptırıma hükmolunması, aslında eyleminin yaptırımsız kaldığı anlamına gelir. Bu ve benzeri uygulamalar mahkemelere olan itimadı ve inancı zayıflatır ve cezalandırmadan beklenen genel önlemeyi de sağlayamaz.

İşlenilen suç ile alakalı olmadığı sürece, yasaklanan etkinlik veya gitmekten alıkonulan yer için ne kadar zararlı olursa olsun, seçenek yaptırıma hükmolunmaması gerekir.

İşlenilen suç ile şahsın alkollü olması arasında doğrudan bir bağ yoksa, şahsa hükmolunan hapis cezasının, belirli bir süre, içki içilen yerlere gitmesinden yasaklanması şeklinde, bir seçenek yaptırıma çevrilmesi, söz konusu olmamalıdır. Örneğin, şahıs, sarhoş bir halde, hırsızlık suçunu işlemiş ve bu suçu için kendisine verilecek olan hapis cezası bir yıl veya daha az bir hapis cezası haline gelmiş ise, hakim, hırsızlığın salt sarhoş olması nedeniyle işlenmiş olduğu kanaatine ulaşmadığı sürece, şahsın içkili yerler gitmesinden yasaklanması seçenek yaptırımına çevrilmesine karar vermemelidir. Benzer biçimde, şahsın sürekli olarak gittiği meyhanede içkili olmasının

⁵⁷³ “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 oynana stad ve salonların çevresine yüz metre mesafeye kadar yaklaşmaktan yasaklanma cezasına çevrilmesine” Kadıköy, 3. Sulh CM, 28.12.2007 gün, 1481/1841. Burada, kanunu doğrudan uygulayanların seçenek yaptırım için kullandığı “yasaklama cezası” ifadesi dikkate değer olup, uygulayıcıların seçenek yaptırımları birer ceza olarak görme eğilimlerini yansıtmaları bakımından da ilginçtir.

⁵⁷⁴ HAFİZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82; HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 475; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 593.

da etkisi ile sürekli huzursuzluk çıkarıyor ve müteaddit defalar söz gelimi, başka başka suçlar işliyorsa ve şahsın içki içmediği sürece suç işlemeyeceğine kanaat getiriliyor ise, o zaman, hükmolunacak hapis cezası, diğer şartların da var olması halinde, bir seçenek yaptırım olarak, belirli bir süre, içkili yerlere gitmekten yasaklamaya çevrilebilir. Benzer bir yasaklama, söz gelimi, futbol maçlarına giden ve burada olay çıkaran holigan olarak adlandırılan, futbol fanatiği bazı seyirciler için, belirli bir süre, futbol maçlarının yapıldığı stadlara gitmekten yasaklanmasına, şeklinde seçenek yaptırıma çevrilebilir.

D. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklama Seçenek Yaptırımının Süresi

Burada en önemli hususlardan birisi, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya ilişkin seçenek yaptırımın süresidir. Maddenin anlatımı karşısında, bu süre, hükmolunacak kısa süreli hapis cezasının yarısından daha az ve bir katından ise daha fazla olamayacaktır. Mesela, bir yıl süreyle hapis cezasına hükmolunmasından sonra, bu ceza, seçenek yaptırımına çevrilecek ise, bunun süresi, en az altı ay ve en fazla iki yıl olabilir.

Bir görüşe göre, üst sınırın belirlenmesinde “bir katına kadar” ibaresi, cezanın kendisi kadar anlaşılmalı, yani örneğe göre, üst sınırın, iki yıl değil, bir yıl olması gerekmektedir⁵⁷⁵. Nitekim Yargıtay verdiği karar ile bu görüşte olduğunu göstermektedir⁵⁷⁶. Oysa, Kanaatimizce, burada üst sınır iki yıl olmalıdır. Zira, bir cezanın bir katı hesaplanırken, bir birim cezanın kendisi, bir birim de cezanın katı olmak üzere iki birim olarak hesaplanması gerekir. Yukarıda belirtilen kararın aksine, özellikle, Yargıtay’ın, orman suçları bakımından, Orman Kanunun uygulanmasında, hesaplamayı

⁵⁷⁵ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 73; “...kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen belli yerlere gitme veya bazı etkinlikleri yapmaktan yasaklanma tedbirinin süresi, mahkûm olunan ceza süresinin yarısından az olamayacağı gibi sürenin bir katını da aşamayacaktır. Örneğin, sekiz ay hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezası en az dört ve en fazla sekiz ay süreyle içki satılan yerlere gitmeme tedbirine çevrilebilir” ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 873; Aynı doğrultuda, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK, Şerhi, s. 1132.

⁵⁷⁶ “Sanık hakkında hükmedilen, hürriyeti bağlayıcı cezanın, seçenek yaptırımlardan olan belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine çevrilmesi durumunda bu sürenin hükmedilen üç ay on gün hapis cezası süresinden fazla olamayacağı gözetilmeden altı ay süre ile belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine

bu şekilde yapmakta olduğu görülmektedir⁵⁷⁷. Buna göre; TCK'nın 50/1 (d) maddesinde; kanun koyucunun maksadı eğer, “hükmolunan ceza veya onun yarısı kadar süreyle” belirli yerlere gitmekten veya belirli bazı etkinlikleri yapmaktan yasaklamaya ilişkin olsaydı, o zaman, kanaatimizce madde metninin “hükmolunan ceza veya yarısı kadar bir süreyle” biçiminde kaleme alınması gerekirdi. Burada, “mahkûm olunun cezanın yarısından bir katına kadar süreyle” denildiği için bir katı (1+1) şeklinde anlamak gerekir⁵⁷⁸.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise; seçenek yaptırım için belirlenen bu süre, CMK 231. maddesinin 8. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen belli yerlere gitmekten yasaklama ve belli yerlere devam etmek hususundaki yükümlülük için en fazla bir yıl olabilir. Çünkü, denetimli serbestlik tedbiri olarak bir yıldan fazla olmamak üzere, mahkemenin belirleyeceği bir süre kadar, belli yerlere gitmekten yasaklanmak veya belli yerlere devam etmek söz konusu olmaktadır.

E. Belirli Etkinliklerden veya Belirli Yerlere Gitmekten Yasaklanma Seçenek Yaptırımının İnfazı

TCK m. 50/1 (d) gereğince hükmolunan bu seçenek yaptırımın, nasıl infaz edileceğini, “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin

çevrilmesi yasaya aykırıdır” 9. CD, 15.04.2010 gün E. 2008/8960, K. 2010/4090 <http://www.hukuk.com/fractal/hukukTurk> (erişim: 07.12.2010).

⁵⁷⁷ Örneğin; 6831 Sayılı Orman Kanunun 91/son maddesinde yer alan; “suçları, suçun işlendiği orman içi köyü nüfusuna kayıtlı ve fiilen bu köyde oturanlar dışındakilerin işlemesi halinde yukarıdaki cezalar iki misli artırılır” biçimindeki hükmü, Yargıtay 3. Ceza Dairesi 13.12.1989 gün ve 6182 esas, 13345 Sayılı Kararı ile: “6831 Sayılı Kanunun 91/son maddesi ile yapılan iki misli artırmanın 1+2=3 formülü yerine noksan uygulanması sonucu eksik ceza tayini” olarak değerlendirerek hükmün bozulmasına karar vermiştir (DEDA, Necip, S., Orman Kanunu ve Tatbikatı, Ankara 1994, s.271-272).

⁵⁷⁸ HAFIZOĞULLARI'nın “...bu hükme göre, ...uyuşturucu madde kullanmaktan bir yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kimse, ...bu cezaya seçenek olarak iki yıl boyunca...yerlere gitmekten men edilebilir” dediği için, benzer görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bknz: HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s.82. ; Benzer görüş için bknz: “Kanundaki belirtilen süre, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadardır. Örneğin, eşini dövme suçundan sanığın 6 ay ceza alması durumunda, hâkim, verilen bu kısa süreli hapis cezasını, bu kişiyi eve gitmekten ve eve belli bir mesafeye kadar yaklaşmama tedbirine çevirmesi halinde bunun süresini 3 ay ile 12 ay arasında bir süre ile belirleyecektir” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s.229; “...dört ay hapis cezasına mahkûm edilen bir kişinin bu cezası en az iki, en fazla da 8 ay süreyle bu tedbire çevrilebilir” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.555; Aynı doğrultuda bir başka görüş için bknz: ARSLAN,

İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/4. maddesi ile “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 33. maddesi göstermektedir⁵⁷⁹. Tüzüğün 51/4. maddesine göre; bu seçenek yaptırımı içeren ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına geldikten sonra, burası, ilâmı, infaz edilmek üzere, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderir. Bu birim tarafından yapılacak tebligatta, on gün içinde, hükümlünün, kararın infazı için, başvurması istenir. Başvurması halinde, hükümlüye, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklere katılmaktan yasaklama yaptırımının infaz şekli, bildirilir. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın, on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde, durum, Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu yaptırım bakımından en büyük sorunlardan birinin, belirlenen yasaklamalara uyulup uyulmadığının nasıl denetleneceğine ilişkin idi. Ancak uygulamanın şimdilik başarılı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁵⁸⁰.

V. EHLİYET ve RUHSATIN GERİ ALINMASI ile MESLEK ve SANATI YAPMAKTAN YASAKLAMA SEÇENEK YAPTIRIMI

TCK’nın 50/1 (e) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlüğüne aykırı davranarak suç işlenilmiş 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.

Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 196. nakleden, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 873.

⁵⁷⁹ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 73-74.

⁵⁸⁰ “...yaklaşık dört yıllık uygulama tedbirin başarıyla uygulandığını göstermektedir” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555; Ayrıca, tarafımızca Adalet Başmüfettişi sıfatıyla, Cumhuriyet başsavcılıkları nezdinde faaliyet gösteren, Denetimli Serbestlik Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Şube Müdürlüklerinde yapılan denetimlerde edilen izlenim de, bu seçenek yaptırımın infazının, beklenilenden daha iyi bir biçimde yapıldığını göstermektedir.

TCK'nın 50/1 (e) maddesi gerekçesinde; "...Getirilen diğer bir yenilikle; ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması ile belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımlarına başvurulabilmesi, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması veya gerektirdiği dikkat özen yükümlülüğüne aykırı davranılması koşuluna bağlanılmıştır. Böylece, ancak suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde, ehliyet ve ruhsatların geri alınması ya da meslek ve sanatın yasaklanması yaptırımına hükmolunacağı" bildirilmektedir.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, ehliyet ve ruhsatın geri alınması veya meslek ve sanatın yasaklanması cezası bir "seçenek yaptırım" olarak Türk ceza hukukunda yeni bir müessesedir. Zira, 765 Sayılı TCK'da bulunan, ruhsat veya ehliyetin geri alınması ile meslek ve sanatın tatili cezası, bir seçenek yaptırım değil, bir ferî ceza niteliğindeydi⁵⁸¹.

647 Sayılı Kanunun 4. maddesi 5. bendine göre; "Her nevi ehliyet ve ruhsatnamelerin bir aydan bir yıla kadar geçici olarak geri alınması" düzenlenmiş bulunmaktaydı⁵⁸². Maddenin yürürlükte olduğu dönemde; söz konusu bu yaptırıma ancak belirli taşıt araçları ile işlenen suçlarda (mesela bazı müessir fiiller ya da orman suçları gibi) hükmolunabileceği, metne dar değil geniş bir anlam verilmesi gerektiği, söz gelimi yapılması ruhsat alınmasını gerektiren faaliyetlerin kötü yapılması dolayısıyla, gerçekleştirilecek diğer suçlar yönünden de, söz konusu bu müeyyidenin kullanılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁵⁸³. Bu nedenle, yeni düzenlemenin daha doğru ve eski düzenlemeye göre daha yerinde bir hüküm olduğunu söylemek gerekir⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Ferî cezalar asli cezanın bir neticesi olmak üzere kendiliğinden, yani ayrıca hükümde açıklanmasına gerek olmaksızın uygulanması gereken cezalardır; mesela 765 Sayılı TCK m. 31 gereğince, beş seneden fazla ağır hapse mahkûmiyet, müebbeden âme hizmetlerinden memnuiyeti içermektedir. Burada âme hizmetlerinden memnuiyet ferî cezadır. Tamamlayıcı cezalar ise yine asli cezaya eklenen ve fakat hükümde ayrıca açıklanması lâzım gelen cezalardır; mesela 765 Sayılı TCK 202. maddesi gereğince, zimmetine para geçiren memura hapis cezasından başka bir seneden üç seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezası hükmedilmesi gerekmektedir. Bu tamamlayıcı bir cezadır. Taner Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 579; Kanaatimizce, seçenek yaptırımlar bu anlamda ne bir ferî ne de bir tamamlayıcı cezadır. Kendisi kısa süreli hapis cezası yerine kaim olan (ikame edilen) müstakil bir ceza hüviyetindedir.

⁵⁸² Bu konuda Hükümet gerekçesinde, "ehliyet ve ruhsatın geri alınması, hükümlüyü uslanmaya yönelten yeterli bir ceza sayıldığı veya ehliyet ya da ruhsatnamenin konusu olan aracın kullanılması, suçun işlenmesinde dolayısıyla sebep olduğu takdirde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı yerine 5.bendin ihtiva ettiği bu tedbir uygulanabilir" denilmektedir.

⁵⁸³ "...ehliyet ve ruhsatları geçici olarak geri alınmış olan kişilerin buna rağmen yasaklanan faaliyette bulunmaları durumunda 647 sayılı kanun 4. maddesi 5. bendi uyarınca; muhalefetin derecesine göre kısa

A. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması, Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımı (TCK m. 50/1-e) ile Taksirli Suçlarda Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma Tedbirinin (TCK m. 53/6) Karşılaştırılması

TCK'nın 53/6. maddesi gereğince, bir meslek veya sanatın yahut trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirli suçtan mahkûm olma halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere hükümlünün ayrıca bu meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir⁵⁸⁵.

TCK'nın 53/6. maddesinde, taksirli suçlarda belli haklardan yoksun kılmayı düzenlemektedir. Burada “taksirli suça mahkumiyetten” söz edildiği için 53/1 hükmünün burada uygulanması söz konusu olamaz.

TCK'nın 53/6. maddesi gereğince, hüküm altına alınabilecek olan yaptırım bir ceza değil, cezanın yanı sıra hükmolunabilecek olan bir tedbirdir. Burada, taksirli bir suç nedeniyle toplumsal korunmaya yönelik bir tedbir söz konusudur. Bu açıdan TCK'nın 50/1 (e) maddesinde düzenlenen seçenek yaptırım ile bu tedbir birbirine karıştırılmamalıdır.

sürelî hürriyeti bağlayıcı cezanın kısmen veya tamamen infazına veya infaz olunmamasına hükmü veren mahkemece karar verilmesi gerekmektedir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 727.

⁵⁸⁴ “Gerçekten her iki tedbir kapsam olarak birbirine benzemekte, bununla birlikte yeni düzenleme daha yerinde gözükmektedir” ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555.

⁵⁸⁵ “53.maddede düzenlenen haller niteliği itibarıyla güvenlik tedbiridir. Amaçları kişiyi bazı haklardan mahrum ederek suç işlenmesini önlemektir. Burada (TCK 50/1-e kast ediliyor) söz konusu olan hâl bir ceza yaptırımına alternatif bir tedbirdir. Teknik anlamda güvenlik tedbiri değildir” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 232; Görüldüğü üzere TCK 53/6. maddesinde düzenlenen bir güvenlik tedbiri yanında 50/1 (e) maddesindeki seçenek yaptırımdan bahsedebilmek için seçenek yaptırım için kullanılan “teknik anlamda olmayan güvenlik tedbiri” veya “ceza yaptırımına alternatif tedbir” gibi ibareler kullanılmaktadır. Aslında bu tür söylemler hep seçenek yaptırımlara ceza dememek için yapılan zorlamalardan başka bir şey değildir. Çünkü TCK'nın sistematigi içerisinde bir yaptırım ya cezadır ya da güvenlik tedbiridir. Üçüncü bir yol (üçüncü bir iz) bulunmamaktadır. Kanun tarafından, “Teknik anlamda güvenlik tedbiri” ve “teknik anlamda olmayan güvenlik tedbiri” ayrımı olmadığı gibi, “alternatif tedbir” ve “doğrudan tedbir” gibi bir ayrım da yapılmamıştır.

TCK'nın 53/6. maddesinde, “karar verilebilir” dediği için, ceza yanında, ayrıca güvenlik tedbirinin verilmesi zorunlu olmayıp, bunun uygulanıp uygulanmayacağını hakim takdir edecektir⁵⁸⁶.

Yasaklama veya geri alma süresi, burada, üç aydan az ve üç yıldan fazla olamaz. Tedbirin süresini, hakim, taksirin türü, hükümlünün kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurarak, belirleyecektir⁵⁸⁷.

TCK'nın 53/6. maddesi gereğince verilen yasaklama veya geri alma tedbirine ilişkin karar, maddenin 5.fıkrasına göre; hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Bu demektir ki sürenin başlaması için, mahkûm olunan hapis cezası veya adli para cezası tamamen infaz edilmiş olmalıdır⁵⁸⁸.

B. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımı ile İşlenen Suç Arasında İlgili Şartı

TCK m. 50/1 (e)'de düzenlene bu seçenek yaptırıma hükmolunabilmesi için, işlenen suçun ehliyet veya ruhsatın sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak, işlenilmiş olması gerekir⁵⁸⁹. Bir diğer anlatımla; işlenen suç, ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın yerine getirilmesi ile ilgili değil ise, bu seçenek yaptırıma hükmolunamaz⁵⁹⁰. Nitekim, Yargıtay, 50/1 (e)'de düzenlenen seçenek yaptırımın, ancak, atılı suçun, ehliyet ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde uygulanabileceğini, ayrıca, bu

⁵⁸⁶ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 96; ZAFER, s. 425; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s. 476.

⁵⁸⁷ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 96.

⁵⁸⁸ “Ancak koşullu salıverme ve ertelemede durum ilgi çekicidir. Çünkü, koşullu salıverme ve hapis cezasının ertelenmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılmaz. Ceza, denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halle geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır. Taksirli suçlarda mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak, bir tedbir öngörülmediğine göre; bu suçlarda, cezası ertelendiğinde, denetim süresi içinde, kanunen hükümlünün yasaklı olması mümkün olmadığından, hakkı kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, ancak ceza infaz edilmiş sayıldıktan sonra infaz edilebilecektir” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 96.

⁵⁸⁹ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, s. 548; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1132; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555.

⁵⁹⁰ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 74 ; HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 873.

fıkra yazılı olan ehliyet ve ruhsatın bir meslek ve sanatı yapmaya yetki veren belge anlamında olduğunu, sürücü belgesinin ise bu belgelerden kabul edilemeyeceğini, çünkü sürücü belgesinin aynı Kanunun 53 maddesinin 6. fıkrası da belirtilen belgelerden olduğunu karara bağlamıştır⁵⁹¹. Ancak, Yargıtay verdiği başka kararlarında, şoförlüğü meslek edinenler için, sürücü belgesinin, TCK m. 50/1 (e) kapsamında bir ehliyet veya ruhsat olarak değerlendirilebileceği ifade etmektedir⁵⁹².

C. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımının Süresi

TCK m. 50/1 (e)'de yer alan bu seçenek yaptırımın süresi “mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar” olacaktır. Sürenin karar yerinde açıkça gösterilmemesi Yargıtay tarafından bir bozma nedeni sayılmaktadır⁵⁹³.

⁵⁹¹ “5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesinin 1.fıkrasının e bendinde düzenlenen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına dair seçenek yaptırımın atılı suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrası ile bağlantılı olması halinde uygulanabileceğini, ayrıca bu fıkra 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 gözetilmeden TCK’nın 50 maddesinin 1.fıkrasında sayılan diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır” 2. CD, 09.10.2007 gün, 9565/12771 (YALVAÇ, s. 380); aynı karar için bkz: HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384 ve ayrıca METİNER/KOÇ, s. 1525; Aynı doğrultuda bkz: 2. CD, 5431/19141 (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>) (erişim: 16.06.2009); Aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1169- 1170.

⁵⁹² “5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesinin 1 ve 3. fıkraları uyarınca, tayin olunan hapis cezasının aynı maddenin 1.fıkrasının e bendinde düzenlenen seçenek yaptırıma çevrilebilmesi için, sanığa atılı suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması gerekir. Ayrıca bu fıkra 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 fıkra ehliyetten söz edilmektedir. Ancak sürücü belgesi olmadan bir mesleğin yapılamayacak olması halinde sürücü belgesinin bu fıkra düzenlenen ehliyet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Şoförlüğü meslek edindiği tespit edilmeyen, üniversite öğrencisi olduğu anlaşılan sanığa tayin olunan hapis cezasının 5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yazılı olan seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği ancak diğer bentlerde yazılı seçenek yaptırımlardan herhangi birine çevrilebileceği gözetilmeden karar verilmesi yasaya aykırıdır” 2. CD, 06.12.2006 gün 8127/19736 (YALVAÇ, s. 386), aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1539; “...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 seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği, ancak, diğer bentlerde yazılı seçenek yaptırımlardan herhangi birisine çevrilebileceği...” 2. CD., 31.10.2007 gün, 7009/1137 (METİNER/KOÇ, s. 1537).

⁵⁹³ “Sanığın ehliyetinin geri alınma süresi kararda açıkça yazılmayarak infazda karışıklık doğuracak şekilde ‘bir süre’ denilmesi kanuna aykırıdır” 9. CD., 12.03.2007 gün, 2628/1360 (METİNER/KOÇ, s.1534).

Bir görüşe göre; “süre mahkûm olunan hapis cezasının yarısından az olamayacağı gibi, onun süresini (yani bir katını) geçemeyecektir”. Böylece, üst sınır olarak mahkûm olunan hapis cezasının miktarının esas alınması gerekir⁵⁹⁴. Yargıtay’ın da belli yerlere gitmekten veya belli etkinlikleri yapmaktan yasaklamaya ilişkin TCK’nın 50/1 (d) maddesi ile ilgili olarak verdiği bir karar ile bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹⁵. Oysa bu seçenek yaptırımın süresi ile ilgili olarak yapılan açıklama da dikkate alınarak ve benzer biçimde, buradaki, “bir katına kadar” biçimindeki ibareyi (1+1) olarak anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Yani hükmolunan kısa süreli hapis cezası mesela bir yıl ise, bu süre en az altı ay, en fazla bir değil, iki yıl olarak anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, maddenin “hükmolunan ceza veya yarısı kadar” biçiminde kaleme alınması gerekirdi. Maddede yer alan anlatım biçiminin, çok basit ve sade olduğu söylenemez ise de, “bir katı” ibaresinin belirtilen şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁹⁶.

D. Ehliyet ve Ruhsatın Geri Alınması İle Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Seçenek Yaptırımının İnfaz Şekli

TCK’nın 50/1 (e) maddesi gereğince hükmolunan seçenek yaptırımının nasıl infaz edileceğini “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü’nün 51/5. maddesi ile “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 34. maddesi göstermektedir⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 74; “Tedbirin süresi mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadardır. Diğer bir anlatımla süre mahkûm olunan hapis cezasının yarısından az olamayacağı gibi, onun süresin (yani bir katını) geçemeyecektir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 873-874.

⁵⁹⁵ “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 sürü ile belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine çevrilmesi yasaya aykırıdır” 9. CD, 15.04.2010 gün E. 2008/8960, K. 2010/4090 <http://www.hukuk.com/fractal/hukukTurk> (erişim: 07.12.2010).

⁵⁹⁶ Benzer görüş için bkz: “bir yıl hapis cezası esas alındığında sürücü belgesi en az altı ay en fazla iki yıl için geri alınabilecektir” ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555.

⁵⁹⁷ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 73-74.

Tüzüğün 51/5. maddesine göre; kesinleşen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımını içeren ilâm, Cumhuriyet başsavcılığına geldiğinde, buraca, ilâm denetimli serbestlik ve yardım şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından yapılacak tebligatta, on gün içinde, hükümlünün, kararın infazı için başvurması istenir. Başvurması halinde, hükümlüye, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir. Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın, on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması halinde, durum, Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir.

VI. KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA SEÇENEK YAPTIRIMI

Çalıştırmanın bir ceza olarak uygulanması yalnızca bu gün için hukuk sistemleri içerisinde görülen bir cezalandırma biçimi olmayıp çok eskiden beri kendisine başvuralan bir yaptırım olarak görülebilmektedir. Örneğin; Romalıların, özellikle maden ocaklarında çalıştırma cezasını, kendilerinden önceki dönemlerde uygulayan eski Yunanlılar ve Mısırlılardan aldıkları⁵⁹⁸, ölüm, hapis, sürgün, zorunlu ikamet, para ve müsadere gibi başlıca cezaların yanı sıra madenlerde ve ağır işlerde çalıştırma cezalarını da uygulandıkları bilinmektedir⁵⁹⁹.

A. Yabancı Hukuklarda Kamu Yararına Çalıştırma (Toplum Hizmeti) Yaptırımı

1. İngiltere

İngiliz, Criminal Justice Act. 1972, chapter 71, m.15 gereğince, 17 yaşına varmış bulunan ve hapis cezasına mahkûm olan kişinin bir hayır işinde, hapis cezası yerine 40

⁵⁹⁸ DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi, s. 182.

⁵⁹⁹ AVCI, s. 39.

saatten az ve 240 saatten fazla olmamak üzere çalıştırılmasına karar verilebilir⁶⁰⁰. Bu cezaya çarptırılmış olan kimselere, yarı özgürlük sistemi uygulanmakta, çalışma biçim ve koşullarının belirlenmesi görevi ise, yarı özgürlük idaresine bırakılmış bulunmaktadır⁶⁰¹.

İngiltere İç İşleri Bakanlığınca yapılmış olan bir araştırma, uyuşturucu ve uyarıcı madde bağımlısı, alkolik ve şiddet içeren suçları işlemiş suçluların dahi, toplum hizmetlerini, kendilerine uygun bir çalışma programı seçilmiş olması durumunda başarıyla tamamladıklarını göstermektedir. 1980 yılına kadar, 22 000 hükümlünün toplum hizmeti cezasının infaz edildiği saptanmıştır⁶⁰².

Toplum hizmeti yaptırımı uygulanan kimselerin tümü olmasa bile, yarısının, aslında, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilebilecek kimseler olduğu, İngiltere'deki bu uygulamanın başarısının o denli etkili olması sonucu, Amerikalı yetkililerin, 1976 yılında İngiltere'de bir inceleme gezisi yaptıkları ve benzer sistemin, ABD'de de uygulamaya konulmasına caba gösterdikleri anlaşılmaktadır⁶⁰³.

İngiltere'de, kısa süreli hapis cezalarının azaltılması, bu yüzyılın başlarından bu yana yürütülen suç politikasının, temel amacıdır. Mahkumiyetler içerisinde, hapis cezalarının payı, bu nedenle dikkate değer bir biçimde düşüktür (% 6)⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II, s. 648; İngiltere toplum hizmetini (kamuya yararlı bir işte çalışma cezasını) bir yaptırım türü olarak 1972'den beri 17 yaşından büyük kimseler için uygulamakta olup, buna ilişkin yasanın yürürlüğe girmesi ile mahkûmları 40 ila 240 çalışmaya mahkûm etmek mümkün hale gelmiştir". SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 335; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰¹ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 335; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰² SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 335; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰³ (KLEİN, s.176) nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 335; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰⁴ Yasa koyucu, mahkemeler tarafından hapis cezasının en son başvurulabilecek yaptırım olmasını amaçlamış, bu nedenle, yaptırımların seçiminde sıkı öncelik koşulu öngörmüştür. Buna göre; ilk defa suç işleyen yetişkinler için hapis cezasına, ancak diğer cezalar elverişli görünmüyorsa hükmedilebilmektedir. Böylece, hapis cezalarının yerine diğer seçenekler ön plana çıkmaktadır. ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274.

2. İtalya

İtalya İnfaz Yasasının 47. maddesi, toplumsal hizmet konusunu, ayrıntılı bir biçimde düzenlemekte olup, suçlunun, yeniden eğitimi ve başka suçları işlemesi tehlikesini önlemeyi amaçlamaktadır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın, 3 yılı geçmemesi durumunda, hükümlü, çektiği cezaya eşit bir dönem için, kurum dışında, toplum hizmetlerinin yerine getirilmesine mahkûm edilir ve öncelikle bir ay süreyle kurumda “sosyal davranışları” ve “kişiliği gözlemlenir”. Ancak, toplum hizmeti cezasına kurumda gözlem yapılmaksızın da karar verilebilir. Bunun için hükümlünün bir koruma tedbiri döneminden sonra, bir özgürlük dönemine hak kazanmış olması gerekir ve yeniden eğitimi ve başka suçları işleme tehlikesini önlemenin mümkün olduğu kanaatini uyandırmış olması gerekir⁶⁰⁵.

İtalya’da, bu uygulamaya, ancak talep üzerine karar verilebilir⁶⁰⁶. Talep, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı emrinin verilmesinden önce, yetkili savcının veya sulh yargıcının bulunduğu yer gözetim mahkemesine yapılmalıdır. Gözetim mahkemesinin kararına kadar infaz emri askıda kalır. Gözetim mahkemesinin, talebin kendisine ulaşmasından itibaren 45 gün içerisinde karar vermesi gerekir. Hükümlü, salınırken düzenlenen tutanakta hükümlünün uyması gereken koşullar ve yapacağı hizmetin ayrıntıları, örneğin hareket özgürlüğünün sınırları ve belirli yerlere gitme yasağı varsa bunların ne olduğunun açıkça belirtilmesinin yanı sıra, birden fazla yerde kalıp kalamayacağı veya kalacağı belirli bir yer varsa, buranın neresi olduğu belirtilir. Özellikle, başka suçları işlemesine yol açabilecek kişisel ilişkileri veya faaliyetlerinin engellenmesine ilişkin bazı yasaklar da bu tutanakta gösterilecek, ayrıca tutanakta,

⁶⁰⁵ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 336; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰⁶ İtalya’daki bu uygulama, kanaatimize göre, TCK’nın 50/1 (f)’de yer alan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek cezasından” daha çok CGTİHK 105/4. maddesinde yer alan düzenlemeye benzemektedir. Zira TCK’nın 105/4. maddesine göre; “İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir”.

mümkün olduğunca, hizmetin suç mağduruna ve ailesine karşı yükümlülükleri zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi gerektiği de belirtilecektir⁶⁰⁷.

Sosyal hizmetler Kurumu, hükümlünün davranışlarını denetleyecek, ailesi ve diğer çevresi ile ilişkiler kuracak, hükümlünün, sosyal yaşama uyum sağlaması önündeki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacaktır. Sosyal hizmetler kurumu, periyodik olarak, hükümlünün davranışı hakkında, gözetim yargıcına bilgi verecek, infaz sırasında, gözetim yargıcı da, hükümlünün sergilediği davranışlara göre, gerek görürse, bu hükümleri değiştirebilecek, hükümlünün davranışının yasaya ve tutanakta belirtilen koşullara aykırılık gösterdiğinin belirlenmesi ve davranışlarının toplum hizmeti uygulaması ile bağdaşmaz olduğunun saptanması durumunda, bu uygulamaya son verilecek, toplum hizmeti döneminin, başarılı bir şekilde tamamlanması durumunda ise, ceza, tüm sonuçları ile ortadan kalkmış sayılacaktır⁶⁰⁸.

3. İsviçre

İsviçre, Kamuya yararlı bir işte çalışmayı, bağımsız bir yaptırım olarak uygulamaktadır⁶⁰⁹.

Günlük sekiz saatlik kamuya yararlı bir işte çalışma, bir günlük hürriyeti bağlayıcı cezanın karşılığını, oluşturmaktadır⁶¹⁰.

4. Fransa

1975 Tarihli Reform Kanunundan önce, Fransa’da, hapis cezalarına tek seçenek, para cezası ve erteleme iken, bu Kanun ile, hapis cezalarına seçenekler öngörülmüştür.

⁶⁰⁷ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s.336; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52.

⁶⁰⁸ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s.336; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 52-53.

⁶⁰⁹ DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2003, s. 443.

⁶¹⁰ DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, s. 444

Ancak, yine de, Fransa’da, kısa süreli hapis cezalarının hala önemli bir yere sahip olmasının nedeni, bu seçeneklere fazla rağbet edilmemesidir⁶¹¹.

1975 Tarihli Reform Kanununa göre; hapis veya para cezası yerine başvurulabilecek bir ceza veya güvenlik tedbiri olarak, bazı yaptırımlara hükmetme olanağı tanımaktadır ki, bunlar; belirli bir mesleğin icrasının yasaklanması, sürücü belgesinin geri alınması, araç kullanma yasağı, silah taşıma yasağı, araçların müsadere edilmesi ve av izninin geri alınmasıdır. Ne var ki mahkemeler çoğu zaman bu olanakları kullanmamışlardır⁶¹².

1983 yılında, bir Kanunla, bu konuda yeni bir adım atılmış; 40 saatten 240 saate kadar, hapis cezası yerine, hükümlünün, kamu yararına ücretsiz olarak çalıştırılmasına imkân tanınmıştır⁶¹³.

5. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletlerinde, zararın giderilmesinde olduğu gibi, toplum hizmetinde de, suçun doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılmasında failin aktif katılımının gerekmede olduğu ifade edilmektedir⁶¹⁴.

Bu amaca hizmet eden toplum hizmeti müessesesi, zararın giderilmesi cezasının koşullarının bulunması veya zararı giderilecek bir mağdurun olmaması ve hatta böyle bir mağdur olsa da, gerektiğinde faile uygulanabilecek bir ceza yaptırımı olarak uygulanabilmektedir⁶¹⁵.

Boston’da, çok önceleri, işsiz, güçsüz ve ayyaşlara, park ve korularda odun kestirildiği, 1960’lı yıllarda California’da ise, bu günkü anlamda, toplum hizmeti, bir yaptırım olarak uygulanmaya konulmuştur. Özellikle, trafik suçu işleyen kadın sürücülerin, ailesine zarar vereceği düşünülen hapis cezası yerine, bunların, toplum

⁶¹¹ “Bu Kanunda 6 aya kadar hapis cezalarının infazı için yarı özgürlüğe karar verme olanağı mevcuttur. Buna göre, hükümlü gündüz işine veya eğitimine devam edebilir, fakat boş zamanlarını ve hafta sonlarını infaz kurumunda geçirir”. ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274-275.

⁶¹² ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 274.

⁶¹³ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 275.

⁶¹⁴ KLEIN s.173, nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

hizmetinde çalıştırıldıkları, örneğin; Alameda (Oakland)'da 1976 yılında, 4500 hükümlünün, toplum hizmetinde çalıştırıldığı ve bunların % 80'inin çalışma saatlerini başarılı bir şekilde tamamladıkları saptanmıştır⁶¹⁶.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de, para cezasına mahkûm olup da, bunu isteği dışında ödeyememiş olan hükümlülerin, cezalarının, mahkemelerce, hapis cezasına çevrilmesini yasaklayarak ve ödenmeyen para cezalarının, toplum hizmeti olarak infaz edilmesi gerektiğini belirterek, bu uygulamayı desteklemiştir⁶¹⁷. Yüksek Mahkeme, 1983 yılında vermiş olduğu bir başka kararla da, zararın giderilmesine mahkûm edilen suçlulara, bu ödemeyi yapmamaları halinde, toplum hizmeti uygulamasına karar vermiştir⁶¹⁸.

Federe Devletlerin bir çoğunda, toplum hizmeti, yasalarla yürürlüğe konulmuş olup, örneğin; Delaware'de, toplum hizmetinde çalışmaya ilişkin yasanın çıkmasıyla, beş haftadan az bir süre içerisinde, cezaevindeki mahkûmlardan 105 tanesi bu programdan yararlandırılmıştır⁶¹⁹.

Amerikan Anayasası'nın 13. Ek'i, suç karşılığı olarak ceza verilmesi dışında, köleliği ve angaryayı yasaklamaktadır. Buna göre, hükümlülerin ücretsiz olarak çalıştırılmalarının Anayasaya aykırı olmadığı, bu nedenle, pek çok Federe devlet tarafından, toplum hizmetini düzenleyen yasaların çıkartıldığı ve özellikle 1980'den sonra, çıkartılan içkili otomobil kullanmayı yasaklayan kanunlar ile, toplum hizmeti yaptırımına ilişkin hükümlerin uygulamaya konulduğu anlaşılmaktadır. 9 Federe Devlette, ilk kez bu suçu işleyenler için, bu yaptırımın uygulandığı, diğer 15 Federe devlette ise, ikinci kez bu suçu işleyenler için bu yaptırımın uygulandığı görülmektedir.

⁶¹⁵ MARCUS, s. 713, nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

⁶¹⁶ KLEİN, s.175-176 nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s.337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

⁶¹⁷ Tate v.Short, 410 U.S. 395 (1971) nakleden; SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

⁶¹⁸ Bearden v. Georgia, U.S. 666 (1983) nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

⁶¹⁹ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s.53.

Toplum hizmetinde bulunma cezasının süresi ise, yedibuçuk günden otuz güne kadar olabilmektedir⁶²⁰.

Toplum hizmetinin belirlenmesinde, ilk dikkate alınan şey, suçun ağırlığıdır. Bazı yerlerde sekiz saat çalışma, bir günlük asgari ücretin ya da bir gün hapis cezasının karşılığını oluşturmaktadır. Bazı yerlerde ise, suç mağdurunun mahkemeye yapacağı öneriler dikkate alınmakta, mağdurun, kendi zararının karşılanmasını istememesi, suç faillinin toplum hizmeti yapmasını istemesi durumunda, bu husus dikkate alınmaktadır⁶²¹.

Mahkeme, belirli bir saat çalışmaya hükmedebileceği gibi, belirli bir işin tamamlanmasına da karar verebilmektedir. Bu, suçlunun zarar verdiği malı temizlemesi ya da onarması şeklinde olabilir ki, hükümlü, bir program dahilinde, günün veya haftanın belirli saatlerini bu işin bitirilmesine ayırmak zorundadır. Bazen, mahkûmun, iş bulana kadar toplum hizmetinde çalıştırılmasına karar verilebilir. Ancak, her durumda, program makul olmalı ve hükümlünün iş saatleri ve ailesine ayracağı zaman da dikkate alınmalıdır⁶²².

6. Endonezya

Altı ay ve daha az süreli hapis cezası, sanığın suçunu itiraf etmesi, çalışma yükümlülüğünü yerine getirebilecek yaşta bulunması ve buna rıza göstermesi durumunda kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına çevrilebilmektedir. Hakim, bu yükümlülüğe karar vermeden önce, suçlunun sosyal geçmişini ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin onun dini ve siyasi inançlarına uygun olup olmadığını araştırmak

⁶²⁰ KLEİN, s. 181 nakleden; SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s.337; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 53.

⁶²¹ SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 338; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 54.

⁶²² KLEİN, s. 185 nakleden; SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 338; SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri, s. 54.

durumundadır. Kamuya yararlı iş, ücret karşılığı olmayacak, ancak suçlunun çalışma güvenliği sigortası bulunacaktır⁶²³.

7. Danimarka

Danimarka CK'da 1992 yılında yapılan değişiklik ile bir ceza yaptırımı olarak kamu yararına çalışma cezası, CK'nın 8. Babında (62 - 67. pragraf) düzenlenmiş bulunmaktadır⁶²⁴.

8. İspanya

Kamu yararına çalışma, İspanya CK'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olup, kamu yararına olan faaliyetlerde, ücret alınmaksızın, mahkeme kontrolünde günde sekiz saatlik bir hizmeti kapsamaktadır. Hizmet idare tarafından kolaylaştırılacak, yapılacak iş ile mahkûmun saygınlığının zedelenmemesine özen gösterilecek ve ayrıca mahkûm, cezaevleri ile ilgili Kanunun sosyal güvenlik konusundaki korumasından da istifade ettirilecektir. Cezanın süresi hafif suçlar için 96 ilâ 184 saat ve kabahatler için ise 16 ilâ 96 saat arasında olabilmektedir⁶²⁵.

İspanya CK'da gün para cezası sistemini kabul etmiş olup (m. 50). Ceza Kanunun 53. maddesi gereğince, para cezasının ödenmemesi halinde, 2 gün para cezası 1 gün olmak üzere sürekli veya hafta sonu gözaltında bulundurma şeklinde hürriyeti bağlayıcı cezaya veya 1 gün hapis cezası 1 gün çalışma olarak kamu yararına çalışma cezasına çevrilebilmektedir⁶²⁶.

⁶²³ “The Prospect of Alternative Sanctions in Indonesia”, Muladi Universitas Diponegoro Semarang Indonesia, (<http://www.aic.gov.au/publications/>) nakleden: İNCE, Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma, s. 188.

⁶²⁴ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 947.

⁶²⁵ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 959.

⁶²⁶ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 959

9. Rusya

01.01.1997 tarihinde yürürlüğe giren Rusya'nın yeni CK'na göre, çalışma yükümlülüğü ile iyileştirme çalışması birer ceza türü olarak düzenlenmiştir. 60 ilâ 240 saat arasında bir süre olarak saptanan çalışma yükümlülüğü, hükümlünün boş zamanlarında ve kamu yararına, ücretsiz olarak yerine getirilmektedir (m. 49)⁶²⁷.

Ceza Kanunun 50. maddesi gereğince, hükmolunan iyileştirme çalışması yaptırımı, hükümlünün belirli bir süre zarfında çalışmaktan dolayı elde ettiği gelirin bir kısmına el konulması şeklinde infaz edilmekte olup, hükümlünün çalıştığı yerde infaz edilmektedir. Bu nedenle bu yaptırım ancak belirli bir işi olanlar için söz konusu olabilmekte, işsiz olanlar aleyhine ise bu cezaya hükmolunamamaktadır⁶²⁸.

10. Hırvatistan

01.01.1998 tarihinde yürürlüğe giren Hırvatistan CK'na göre, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, ilgilinin muvafakatının da bulunması şartıyla, hakkında kamu yararına çalıştırma yaptırımına hükmolunabilmektedir.

B. Türk Hukukunda Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı

1. 765 Sayılı TCK'nın Yürürlükte Olduğu Dönemde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı

a. 765 Sayılı TCK'nın 22. Maddesi Gereğince Hükmolunan Çalıştırma Yaptırımı (Müeyyidesi)

Türk Hukukunda ilk kez, 765 Sayılı TCK'nın 22. maddesi ile, hafif hapis cezası yerine, çalıştırma yaptırımı (müeyyidesi) düzenlenmiştir⁶²⁹. Bu madde açısından,

⁶²⁷ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 976.

⁶²⁸ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 977.

⁶²⁹ 765 Sayılı TCK'nın bu hükmü, 16.07.1965 tarihinde, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

doğrudan verilen hafif hapis cezası ile bu Kanunun 19. maddesine göre para cezasından çevrilen hafif hapis cezası, mahkûm çalıştırılarak, infaz edilebilirdi.

765 Sayılı TCK'nın 19. maddesine göre, para cezasının ödenmemesi durumunda, cezanın savcılıkça hapis cezasına çevrilmesi söz konusu olmaktadır⁶³⁰. Para cezasından çevrilen hafif hapiste iki günlük çalışma bir gün hafif hapis yerine geçmekte iken, 765 Sayılı TCK'nın 22. maddesine göre; doğrudan hükmolunan hafif hapis cezasında, bir günlük çalışma hizmeti, bir gün hafif hapis cezası yerine geçerli olmaktadır.

765 Sayılı TCK'nın 22. maddesine göre; hakim, hafif hapis cezası yerine çalıştırma cezasına hükmedebilmesi için, bunun, kanunda, açıkça düzenlenmiş olması, yani hangi suçlar için bu cezanın verileceğinin, açıkça düzenlenmiş bulunması gerekmektedir. Bu hükmün alındığı, Eski İtalya CK'da, bu cezanın dilencilik ve sarhoşluk suçları için konulduğu, ancak, bu özel düzenlemeler, 765 Sayılı TCK'na alınmadığı için, bu maddenin karşılığını oluşturacak, özel hükmün bulunmadığı belirtilmiştir⁶³¹.

765 Sayılı TCK'nın mesnedini teşkil eden İtalya CK'nın 21. maddesine göre; “Hafif hapis cezası, bir günden iki seneye kadardır. Ve bu cezaya mahsus müesseselerde geceleri hücrede bulunmak ve çalışmaya mecbur tutulmak suretiyle çektirilir...” biçimindeydi. Aynı şekilde mülga TCK'nın 22. maddesinin kaynağını teşkil eden İtalya CK'nın 22. maddesine göre; “Kanun, hafif hapis cezasının hangi ahvalde bir

⁶³⁰ “19 uncu maddenin 2 nci ve müteakip fıkralarına göre ağır para cezası hakkındaki hükümlerin infazında, hükmü bildiren ilamın kesinleşince savcılığa verilir, Savcı bir ay içinde para cezasını ödemesi için mahkuma usulü dairesinde bir ödeme emri tebliğ eder. Hükümlü bu müddet içinde para cezasını ödemez ise savcının yazılı emri ile bir gün üç lira sayılamak üzere hapsedilir. Kesirler nazara alınmaz. Ancak üç liradan aşağı hükmolunan ağır para cezaları bir gün hapse çevrilir. Para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilamında yazılı olması bile bu hüküm savcılıkça tatbik olunur. Bir aylık süre içerisinde para cezasının üçte birini ödeyen mahkûmun isteği üzerine geri kalan para cezasının birer aylık iki taksitte ödenmesine müsaade olunur. İkinci taksit vadesinde ödenmezse üçüncü taksit müsaadesi hükümsüz kalır. Hükümlü mahpus kaldığı her gün için üç lira indirildikten sonra geri kalan parayı öderse hapisten çıkarılır. Para cezası yerine çektirilen hapis cezası üç yılı geçemez. Kendi isteği üzerine hükümlü, para cezasından çevrilen hapis yerine Devlet, iller ve belediyelerce tayin olunacak bayındırlık işlerinde çalıştırılabilir. Bu surette iki günlük hizmet bir gün hapis yerine geçer. Çektirilen hapis süresi para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan paranın tahsili için ilâm savcılıkça mahallin en büyük mal memuruna verilir ve mal memurluğunca hapis ile tazyik hükmü hariç olmak üzere, Tahsili emval kanunundaki usule göre hükümlünün malına müracaat olunarak infaz olunur. Hafif para cezasına ait hükümler 24 maddenin 2 nci fıkrasına göre; hapis yerine hafif hapis yazılmak şartıyla, 19 uncu maddenin belirtilen infazına müteallik hükümlerine göre infaz olunur” TANER, s.632-633.

imalathanede veya menafi umuma ait işlerde çalışmak suretiyle icra edileceğini tayin eder. Mahkum cezanın icrası için ispatı vücut etmez veya hizmeti red ederse hafif hapis cezası usulü veçhiyle tatbik edilir”⁶³² şeklindeydi.

765 Sayılı TCK’nın hükümlerinin tatbikine ilişkin Meriyet Kanunun 7. maddesine göre ise ; “mahkumun bu surette çalıştırılacağı hizmetleri, savcı, ait olduğu dairelerle kararlaştıracak; mahkûm tayin olunan günde gelmez ise cezaevine sevk edilecek; mahkumun çalıştırılmasına karşılık iş gördüren daireden hükümete ait olmak üzere alınacak ücret miktarı mahsus talimatname ile tayin olunacak, bu ücretten mahsup olunmak üzere mahkumun çalıştığı günlere ait iaşesi çalıştıran dairece temin edilecektir”⁶³³. Görüldüğü üzere, hüküm son derece ayrıntılı ve çalışma cezasına çarptırılan kimse için “mahkûm” ifadesini kullanması bakımından tutarlı, mahkûmun iaşesini bile düzenlemek açısından ise, bu günkü düzenlemeden (TCK m. 50/1 (f) ve CGTİHK m. 105/1 ve 2. fıkraları) daha ileridedir.

Hafif hapis cezasının, bir imalathanede veya menafi umuma (kamu yararına) ait işlerde çalışmak suretiyle geçirmenin, mahkûmu bir hapis haneye kapatmaktan daha yararlı bir tedbir olacağının düşünüldüğü vurgulanmıştır⁶³⁴. Ancak, bu tarz cezanın, yalnızca, kanunun açıkça belirttiği durumlarda (ki bunlar da dilencilik ve sarhoşluk suçlarıdır) geçerli olacağını ve bunun ise anlaşılması garip bir durum olduğu *Majno* tarafından ifade edilmekte, bir başka anlatımla, bu cezanın sadece bu iki suç için uygulanması eleştirilerek daha geniş bir uygulama alanına kavuşturulması gerektiği savunulmuştur⁶³⁵. Bu tür yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı ceza müddetinin daha uzun olduğu durumlarda daha da yapıcı bir tesir bırakacağı ifade edilmiştir⁶³⁶. Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde, konu hakkında fikir beyan eden *Taner*’de, benzer biçimde görüş bildirmekte ve “mahkumun mümkün olduğu kadar cezaevine sokulmamasını, hususile hürriyeti bağlayıcı kısa müddetli cezalardan kaçınılmasını icap ettiren

⁶³¹ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi, Cilt 1, Genişletilmiş 5.Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 263; KAMER, s. 316.

⁶³² MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları No:3, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 21, 22.

⁶³³ TANER, s. 608.

⁶³⁴ MAJNO, s. 88.

⁶³⁵ MAJNO, s. 89

düşünceler bakımından kanunun bu hükmünü muvafık ve yerinde bulduğunu, ancak sözü geçen iş ve hizmetlerin grup halinde ve tam bir intizam altında verimli olarak gördürülmesi iktiza ettiğine göre, bunun esaslı surette teşkilatlandırılması gereken bir maslahat olduğu, bu itibarla mevcut şartlara nazaran tatbikatta bundan beklenen neticelerin elde edilebileceğine” inandığını ifade etmiştir⁶³⁷.

16.07.1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 Sayılı CİHK ile 765 Sayılı TCK’nın 22. maddesi yürürlükten kaldırılmış, yerine, bu kanunun 4. maddesi konulmuştur.

b. 765 Sayılı TCK m. 544 Gereğince Dilencilik Suçu İçin Hükmolunan “Boğaz Tokluğuna Çalıştırılma” Cezası

765 Sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde, önce değişikliğe uğrayan daha sonra yürürlükten kaldırılan 544. maddesi konu ile ilgili olması nedeniyle anılmaya değerdir.

Dilencilik ederken tutulanlar hakkında boğaz tokluğuna çalıştırılma cezasını düzenleyen bu madde; iş işlemeğe salih olduğu halde, dilencilik ederken tutulanların, bir haftadan bir aya ve tekerrürü halinde 15 günden iki aya kadar idareyi hususiye ve belediye işlerinde boğaz tokluğuna çalıştırmalarını düzenlemekteydi⁶³⁸.

765 Sayılı TCK’nın mehzını teşkil eden 1889 İtalya CK ile 1930 Tarihli İtalya CK’da ise, dilencilik suçu için “hapis cezası” öngörülmüştür. Bu nedenle, kanun koyucunun, burada mehz kanundan ayrılmayı uygun gördüğü belirtilmiş olup, Ceza Kanununun (765 Sayılı TCK) Mer’iyet Mevkiine Konmasına dair Kanunun 29. maddesinde, sulh mahkemelerinin vazifeleri sayılırken; “...boğaz tokluğuna belediye hizmetlerinde kullanılmak cezasını müstelzim” fiilleri temyizi kabil olmamak üzere katiyen hâl ve fasleyleyeceği yazılı olmakla, kanunun, bu açık anlatımı karşısında,

⁶³⁶ MAJNO, s. 89.

⁶³⁷ TANER, s. 637

⁶³⁸ “4. CD, 21.11.1948 gün ve 14948 Esas, 1948/884 Sayılı Kararı (KÖSEOĞLU, Cemal, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Bası, İstanbul 1955, s. 27), PERİNÇEK/ÖZDEN, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, İstanbul 1959, s. 28 ve Yargıtay CGK, 23.05.1941 gün 28 Esas, 1941/11 Sayılı Kararı ile “serseri ve dilencilerin boğaz tokluğuna belediye işlerinde zorunlu olarak çalıştırılmasının (765 Sayılı TCK) 11. maddesinde sayılan cezalardan olmaması itibarıyla bir ceza değil ve

bunun da, bir ceza sayılması gerektiği belirtilmiştir⁶³⁹. Bu hüküm, 1959 yılında ve 6123 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve dilencilik suçunu işlerken yakalanmanın cezası, hafif hapis cezası biçimine, dönüştürülmüştür⁶⁴⁰.

C. 647 Sayılı CİHK'nın Yürürlükte Olduğu Dönemde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı

16.07.1965 tarihinde yürürlüğe giren, 647 Sayılı CİHK ile eski TCK'nın 22. maddesi yürürlükten kaldırılmış, bunun yerine, bu kanunun 4. maddesi getirilmiştir⁶⁴¹. 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince; “ağır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, sair hallerine ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre; mahkemece; ...altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde, iktisadi Devlet teşekküllerinde çalıştırmaya hükmolunabilir” (1. fıkra, 2. bent).

647 Sayılı Kanunun 4. maddesi, 03.05.1973 tarih ve 1712, 12.06.1979 tarih ve 2248, 21.01.1983 tarih ve 2788, 15.04.1987 tarih ve 3355, 07.12.1988 tarih ve 3506 ve ayrıca 4421⁶⁴² Sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramıştır. Bunlardan özellikle 1712 Sayılı Kanun⁶⁴³ ile “ altı ayı geçmemek üzere Devlet, Belediye hizmetlerinde, İktisadi Devlet

fakat ekonomik bir tedbirden ibaret bulunduğuna karar vermiştir (PERİNÇEK/ÖZDEN, s. 28)” nakleden; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 595.

⁶³⁹ TANER, s. 650.

⁶⁴⁰ Yapılan değişiklik ile dilencilik ederken ilk kez yakalananlar için ceza bir haftadan bir aya kadar hafif hapis, tekrarı halinde ise bir aydan daha az olmayacak şekilde hafif hapis cezası biçimine getirilmiştir (Mülga 765 Sayılı TCK m. 544).

⁶⁴¹ Her ne kadar bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ise de Anayasa mahkemesi verdiği 09.03.1971 gün ve 42 Esas, 30 Sayılı Kararı ile bunun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bun göre; “Ceza ve emniyet tedbirlerinin hükümde veya yerine getirmede şahsiyetleştirilmesi ve dolayısıyla bireyselleştirilmesi ereklere gütmeleri bakımından, Anayasa ve dolayısıyla yerine getirme alanlarındaki hükümlere uygun düşmektedir. O halde hâkime, bu alanlarda kanunla genişletilmek yoluyla, takdir yetkisinin tanınması, kaynağını Anayasa ile, ceza ve ceza infaz hukukundan alan üstün hukuk kurallarının uygulanması sonucudur...” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 663-664.

⁶⁴² DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 662

⁶⁴³ 647 Sayılı İnfaz Kanunun 4 maddesinin 1712 Sayılı Kanunu ile değişiklik yapılmadan önceki halinde madde başlığı “cezalar” şeklindedir. Ancak bu kanun ile yapılan değişiklikten sonra madde başlığı “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler” haline getirilmiştir DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s.663, dp.107; Bu nedenle, DÖNMEZER ve ERMAN, “Söz konusu 4. madde yer almış olan müesseseler 1.bentteki para cezası istisna edilirse , ceza değildir. Nitekim maddenin başlığı da kısa süreli hürriyet bağlayıcı cezalar yerine uygulanacak ceza ve tedbirler olduğunu gerekçe olarak göstermektedir. DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s.663.

Teşekküllerinde çalıştırma” yaptırımını kaldırılmıştır⁶⁴⁴. Bu yaptırımın kaldırılmasındaki en büyük sebep olarak uygulanmasındaki güçlükler gösterilmiştir⁶⁴⁵.

Sonunda, bu hükmün yerine, 5237 Sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle 50. maddede yer alan düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye benzer bir düzenleme TCK 1989⁶⁴⁶ ve 1997 Öntasarı’larında da bulunmaktadır⁶⁴⁷.

D. 5237 Sayılı TCK Açısından Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı

TCK’nın 50/1 (f) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.

TCK’nın 50/1 (f) maddesinin gerekçesine göre; kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımının uygulanması sırasında, hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması ve bir ücret alması söz konusu değildir. Kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suçu işlemiş olan ve eğitim derecesi elverişli bulunan bir kişinin, okuma yazma öğretici bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi, bu seçenek yaptırımı örnek olarak gösterilmektedir⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım; Cilt II, s. 662, dp. 106.

⁶⁴⁵ İÇEL, Cezalara Seçenek Müesseseler, s. 331.

⁶⁴⁶ TCK 1989 Öntasarısı’nın 61. maddesinde yer alan düzenlemenin madde gerekçesinde; “...kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbiri de eklenmiştir. Bu tedbir kamu hizmetlerinde çalıştırmadan ayrı nitelik taşımakta ve bugün bir kısım Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik devletlerinde uygulama alanı bulan bir infaz müessesesi teşkil etmektedir. Yeni Ceza kanunu tasarıları bu müesseseye daima yer vermektedirler. Bu yeni infaz müessesine göre, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan kişinin cezası, hâkim tarafından uygun görülmesi ve kendisinin de muvafakatı bulunması halinde altı ayı geçmemek şartıyla kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilecektir. Hükümlünün çalışacağı müessesede kadrolu olması ve bir ücret alması da söz konusu değildir. Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçu işlemiş olan ve eğitim derecesi müsait bulunan bir kişinin meselâ okuma-yazma öğretici bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi hali bu müessesenin uygulanışına örnek olarak gösterilebilir” TCK 1989 Öntasarısı, s. 234.

⁶⁴⁷ 1989 ve 1997 Tarihli TCK Öntasarıları daha önce, Seçenek Yaptırımların 765 Sayılı TCK ve TCK Öntasarılarında Düzenlenmesi bahsinde ele alınmıştır.

⁶⁴⁸ ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1. Bası, 2007, s. 160-161; TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı, s. 454 vd.

Bu yasal düzenleme faydalı olmakla beraber öncelikle yeterli değildir. Zira tüm seçenek yaptırımlarda olduğu gibi uygulama alanı (kısa süreli hapis cezasının süresi 1 yıl olarak belirlendiği için) dar kalmaktadır⁶⁴⁹.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımının⁶⁵⁰ karıştırılmaması gereken diğer bir düzenleme⁶⁵¹; 5275 Sayılı CGTİHK'nın 105. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, iki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla, kendilerinin veya kanuni temsilcilerinin veya cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını, ücretsiz olarak, kamuya yararlı bir işte çalışmak suretiyle yerine getirmeleridir ki, bu konu, kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımının sonunda ele alınmıştır⁶⁵².

Bunun dışında, Hukukumuzda düzenlenen üç ayrı yerdeki çalıştırma da, esas itibariyle, ücretli çalıştırmadır ve TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan seçenek yaptırımdan tamamen farklıdır.

Bunlardan birincisi, TCK'nın 51/4 (b) maddesi gereğince, cezası ertelenen bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, deneme süresi içerisinde; bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında, çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilmesidir.

İkinci çalıştırma yaptırımı, 5237 Sayılı CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasının (b) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, sanığın 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulması (çocuklar için denetim süresi üç yıldır) ve bir meslek ve sanat sahibi olması durumunda, denetim süresi içinde, bir yıldan fazla olmamak üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilmesidir. Bu yükümlülük de kanunun açık anlatımı karşısında bir denetimli

⁶⁴⁹ SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 4.

⁶⁵⁰ Bu tip bir alternatif yaptırımın özellikle çocuk suçluluğuna karşı başvurulacak yaptırımlar arasında mutlaka yer alması gerektiği hususunda bkz: YENİSEY, Genç Ceza Hukuku, s. 43.

⁶⁵¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, "Mevzuatımızda kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirinin sadece kısa süreli hapis cezalarının bir seçeneği olarak düzenlenmediğini, CGTİK'nun 105/4 maddesinde de bunun düzenlendiğini" ifade etmekle bu iki düzenleme arasındaki benzerliğe dikkat çekmektedir. TCK Şerhi, s. 1133.

serbestlik tedbiridir. Bu tedbir de bir üsteki ile birlikte daha önce elle alınmış ve kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırım ile karşılaştırılmıştır⁶⁵³.

Üçüncü ve son ücretli çalıştırma ise; 5237 Sayılı CGTİHK'nın 107/7. maddesi gereğince, hükümlünün infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılmasıdır ki, bu, infaz aşamasında kendisine başvurulabilen bir yoldur ve bir cezanın infaz biçimidir. Seçenek yaptırım niteliğindeki cezalandırmadan tamamen farklı ve sonraki bir aşamada zaten hükümlü olan birinin cezasının infazı ile alakalıdır⁶⁵⁴.

1. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımının Şartları

Bu şartlar: Hükümlünün buna gönüllü olması, cezanın, ancak kamuya yararlı bir işte çalıştırma biçiminde olması ve sanığın başka bir suçundan dolayı kendisine hapis cezası verilmemesi, başlıkları altında incelenebilir.

a. Hükümlünün Gönüllü Olması

Bu yaptırım, bizzat failin üzerinden yerine getirileceği için, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezasından daha fazla kişisel katılımı gerektirmek gibi olumlu bir yöne sahiptir. Zorla çalıştırma, bir hukuk devleti ceza hukuku açısından ortadan kaldırılması gerektiğinden ve bunun aksi insan onurunu ihlal edeceği için mümkün görülmemelidir. Aynı zamanda, üstlenilen ödevin icra edilmesine hazır olmayı gerektirdiğinden ve failde yararlı bir şey yaptığı hissini uyandırılabilmesi bakımından, buna olurunun alınması gerekir⁶⁵⁵.

⁶⁵² Bknz: “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı ile İnfaz Sırasında Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma”

⁶⁵³ Bu husus, Seçenek Yaptırımlar ve Güvenlik Tedbirleri bölümünde ele alınmıştır.

⁶⁵⁴ SOKULLU-AKINCI, buradaki çalıştırmanın tam anlamıyla kamuya yararlı bir işte çalışmak olmadığını ifade etmektedir. SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet, s. 4.

⁶⁵⁵ ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği, s. 66.

Birleşmiş Milletlerin 1990 Tarihli Hapis Dışı Tedbirler için Asgari Standartlar belirleyen ve Tokyo Kuralları olarak bilinen bu standart asgari kurallara göre; “Suçluya vecibe yükleyen, resmi işlemlerden önce ya da onların yerine uygulanan hapis dışı tedbirler suçlunun rızasını gerektirir”⁶⁵⁶.

Öncelikle şunun açıklığa kavuşturması gerekir ki, bu seçenek yaptırıma hükmolunabilmesi için, sanığın “kamuya yararlı bir işte çalışma seçeneği yaptırımına gönüllü olması” bu yaptırımın, ceza olmasına hâlel getirmez.

Roxin’in ifade ettiği gibi, “serbest irade ile ilişkilendirilmiş yaptırımlar (kamu yararına çalışma, zararın tazmini) gelecekte cezayı tamamlayabilir ve kısmen de cezanın yerine ikame olunabilir. Bir özgürlüğü bağlayıcı cezanın olanaklı alanındaki sosyal bağlantılı etkileri nedeniyle bu yaptırımlar tercih edilmelidirler”⁶⁵⁷.

TCK’nın 50/1 (f) maddesinde yer alan bu seçenek yaptırım da, 50. maddenin 1. fıkrasında yer alan diğer seçenek yaptırımlar gibi tam anlamı ile bir cezadır. Çünkü, sanığın bu maddede yazılı seçenek yaptırıma “gönüllü olmaması” halinde, hakkında, bir başka seçenek yaptırım veya belki de, hapis cezası uygulanabilecektir. *Hafizoğulları*’nın haklı olarak belirttiği gibi “ortada, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak getirilen cezaların veya kanunun ifadesiyle yaptırımların cibriliğini gideren bir durum bulunmamaktadır”⁶⁵⁸.

Bu seçenek yaptırıma hükmolunabilmesi için, hükümlü hakkında seçenek yaptırıma hükmolunmadan önce, kendisine, mahkeme tarafından önerilen kamuya yararlı işte çalışma seçeneği yaptırımını kabul etmesi gerekir. Bu seçenek yaptırımın, sanık tarafından kabul edilmemesi halinde, kişinin kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçenek yaptırımına hükmolunamaz. Bu şartın konulması gayet yerinde bir uygulamadır. Her ne kadar, Anayasa’nın 18/2. maddesi gereğince, kanunla düzenlenmek üzere hükümlük ve tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar zorla çalıştırma sayılmaz ise de, burada, cezadan beklenen faydanın elde edilebilmesi için sanığın buna katılım iradesinin

⁶⁵⁶ Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, s. 187-190

⁶⁵⁷ ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği, s. 68; Ayrıca adı geçen yazar, bu yaptırımları, aynı eserinin 70. sayfasında; “ihtiyarilikle ilişkilendirilmiş ceza benzeri yaptırım” olarak isimlendirmektedir.

⁶⁵⁸ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 81.

de olması gerekir⁶⁵⁹. Bu katılım iradesi olmaz ise, cezanın hem infazı daha güç hale gelecek ve hem de sürekli denetimi gerekli kılacaktır. Böylece, kendisinden beklenen fayda üst düzeyde olamayacaktır⁶⁶⁰.

Bu seçenek yaptırım yerine getirilirken, şahsın çalıştığı kurum veya müesseseden herhangi bir ücret alması söz konusu olmayacağına göre⁶⁶¹ başlangıçta, şahsın buna muvafakat edip etmediğinin sorulması ve ancak buna kanunun deyimiyle “gönüllü olması” halinde başvurulabilmesi gerekir. Kanun şahsın gönüllü olmasından bahsetmektedir. Bunun ile anlatılmak istenen, hiç kuşku yok ki, şahsın buna rıza göstermesi, bunu istemesidir. Nitekim, Yargıtay verdiği birçok kararında, “sanığın rızası alınmadan bu seçenek yaptırıma başvurulmasının” kanuna açıkça aykırı olacağını belirlemiştir⁶⁶².

Şahsın, bu seçenek yaptırıma gönüllü olması (rıza göstermesi-muvafakat etmesi), diğer şartların mahkemece araştırılmasına engel olmamalıdır. Yani, bu seçenek yaptırıma hükmolunmasının tüm seçenek yaptırımlar için ortak nitelikte olan ve tüm bentlerin en önünde gösterilen, “suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumuna”

⁶⁵⁹ Nitekim ÖZBEK’e göre, “kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirinin gönüllük esasına bağlanması gerekli değildir” ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s.554; Aynı doğrultudaki görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 556.

⁶⁶⁰ SMITH, Michael E./DICKY, Walter J., Reforming Sentencing and Corrections for Just Punishment and Public Safety, Sentencing & Corrections, September 1999, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Domument/Docs/Doc57.pdf>), (erişim: 30.10.2009).

⁶⁶¹ Bu seçenek yaptırımın ücretli olması gerektiğini savunan görüş için bkz: SOKULLU-AKINCI, Füsun R., “Suç Siyaseti Bağlamında Yeni Türk Ceza Kanununun Değerlendirilmesi”, Kazancı Hakemli Dergi, Ocak 2005; Seçenek yaptırımın ücretsiz olması gerektiğini savunan görüş için bkz: “kamuya yararlı bir işte ücret karşılığında çalıştırılma cezadan çok, sanık için bir mükafat olacaktır” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 204; Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma kanaatimizce de ücret karşılığında olmamalıdır. Bu hem onun ceza olma özelliği açısından doğru olmayacaktır ve hem de izlenecek ceza politikası bakımından da bunun doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, Türkiye gibi işsizlik oranının çok yüksek olduğu bir ülkede, ücret karşılığı kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezası, suç işlenmesini teşvik eden bir kurum haline gelebilir.

⁶⁶²“ Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 Sayılı TCK’nın 50/1-f maddesinde, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen, sanığın rızası da alınmadan yazılı şekilde...Belediyesinde çalıştırılmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”. 2. CD, 05.10.2006 gün 1616/16026 bknz: <http://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim: 16.01.2008); Aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1546 ve ayrıca ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1142; “5237 Sayılı Yasanın 50/1 (f) maddesinde öngörülen seçenek yaptırımın, sanıklardan bu biçimde çalışmaya gönüllü olup olmadıkları sorulup saptanmadan uygulanması yasaya aykırıdır” 6 CD, 24.10.1007 gün, 12223/10770 (YALVAÇ, s. 379); Aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1525; Aynı doğrultudaki başka kararlar için bkz: 2. CD., 21.02.2007 gün, 9023/2380 (METİNER/KOÇ, s. 1535); 2.CD, 13.03.2008 gün, 17981/4741; 2. CD,

uygun olması gerekir. Mesela, beden olarak çok zayıf durumda bulunan ve yargılama sırasında mahkemece bu durumu gözlenen sanığın durumu da dikkate alındığında, ağır bir bedensel çalıştırmayı gerektiren, mesela, ağaç dikilmesi gibi bir işte şahsın çalıştırılması uygun olmayacaktır. Şahsın, buna rıza göstermesi, bunu istemiş olması durumu değiştirmemeli, hakim, bu ve benzeri hususları dikkate alarak şahıs için en uygun seçenek yaptırımı veya kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımı için, yapılacak en uygun işi de belirlemelidir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımının, nasıl infaz edilmesi gerektiğini düzenleyen, CGTİHK'nın 105/2. son cümlesine göre; “mahkeme bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır”. Görüldüğü üzere, sanığın, bu seçenek yaptırımın uygulanması için gönüllü olmasının yanı sıra, kendisine önerilen hizmeti ve süresini red etme hakkı da vardır ve bu haklarının mahkemece kendisine hatırlatılması gerekmektedir.

Kanun, sanığın, kendisine teklif edilen işte çalışma seçenek yaptırımını reddetmesi durumunda, ne yapılacağını düzenlememektedir. Sanığın bunu red ettiğini bildirmesi üzerine, mahkemece, diğer seçenek yaptırımlardan biri uygulanabilmelidir. Yoksa, kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımı red edildiği gerekçesi ile kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırma çevirmeden, böylece bırakmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz⁶⁶³. Mahkeme, 50. maddenin 1 fıkrasında yazılı şartları yeniden gözden geçirecek ve eğer bir başka seçenek yaptırımı uygun görüyor ise, buna hükmedebilecektir. Yoksa, kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımının, sanık tarafından red edilmiş olması, yalnız başına bir gerekçe olarak gösterilerek, diğer seçenek yaptırımlardan birine neden hükmedilmediği açıklanmadan, cezanın hapis cezası olarak bırakılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü cezanın şahsileştirilmesi işlemi, mahkemece, re'sen yapılması gereken bir faaliyettir.

27.06.2007 gün, 8901/9338 (YALVAÇ, s.381), aynı karar için bknz: (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1173).

⁶⁶³ Aksi bir görüş için bknz. “Kanun, gönüllü olmak koşulunu koymakla, suçluyu, bir seçime zorlamış bulunmaktadır. Böyle olunca, suçlu gönüllü olursa, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma cezasına mahkûm edilecek; gönüllü olmazsa, bu kez, pek tabii, hakkında verilen hürriyeti bağlayıcı ceza geçerli olacaktır” HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 82.

b. Seçenek Yaptırım Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Biçiminde Olmalıdır

Bu seçenek yaptırım bakımından, kamuya yararlı işin tanımı, TCK'nın 50. maddesinde yapılmamıştır. Maddenin gerekçesinde; "...Kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezası,...kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine çevrilebilecektir. Hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması ve bir ücret alması da söz konusu değildir....suçu işlemiş olan ve eğitim derecesi elverişli bulunan bir kişinin örneğin okuma yazma öğreten bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi, bu seçenek yaptırımı örnek olarak gösterilebilir..." denilmek suretiyle kamuya yararlı iş olarak sadece bir tek örnek gösterilmiştir⁶⁶⁴.

Türk Doktrininde, *Artuk*, *Gökçen* ve *Yenidünya* tarafından başka örnek olarak "hükümlünün ağaç dikmesi, temizlik işlerinde çalıştırılması" gösterilmiştir⁶⁶⁵.

Roxin, ise kamuya yararlı çalışmadan neyin anlaşılması gerektiği hususunda, "hastanelerde, ve yaşlılar yurdunda ve aynı zamanda bütün türleri itibariyle devlete ait kurumlardaki hizmetlerin" anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁶⁶.

Özbek / Kanbur / Bacaksız / Doğan / Tepe, yukarıda sayılanlara ek olarak, ayrıca, yol bakımı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait binaların boyanması ya da onarımı, bahçe düzenlemesi, park ve bahçe temizliği gibi işleri de saymaktadır⁶⁶⁷.

CGTİHK'nın 105/1. maddesi ise, kamuya yararlı bir işte çalıştırmayı, "hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet eden bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılması olarak" tanımlamaktadır⁶⁶⁸.

Kanaatimizce, bu tanımlama TCK m. 50/1 (f)'de yer alan "kamuya yararlı iş" ibaresinden bir parça daha geniştir. Zira CGTİHK'nın 105/1 maddesinde bu seçenek yaptırımın tanımı yapılırken kullanılan "ücretsiz olma" ve "kamu yararına hizmet veren

⁶⁶⁴ Aynı örnek, TCK 1989 Öntasarısı 61. madde gerekçesinde de yer almaktadır; "...Bu tedbir kamu hizmetlerinde çalıştırmadan ayrı nitelik taşımakta ve bugün bir kısım Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik devletlerinde uygulama alanı bulan bir infaz müessesesi teşkil etmektedir.... Kısa süreli şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçu işlemiş olan ve eğitim derecesi müsait bulunan bir kişinin meselâ okuma-yazma öğreten bir kursta öğretici olarak görev yapmasına karar verilmesi hali bu müessesenin uygulanışına örnek olarak gösterilebilir..." TCK 1989 Öntasarısı, s. 234.

⁶⁶⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 874; Ayrıca bkz: ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 74.

⁶⁶⁶ ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği, s. 66

⁶⁶⁷ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 556.

bir özel kuruluşun belirli hizmetleri” şeklinde tanımlayarak kamuya yararlı iş olarak “özel kuruluşun belirli hizmetlerini” de buna eklemektedir.

Yargıtay, hükümlünün ancak kamuya yararlı bir işte ve ücret ödenmeksizin çalıştırılması gerektiğini karara bağlamıştır⁶⁶⁹.

CGTİHK’nın 105/2. maddesine göre; “Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, bölgelerinde bulunan bu tür kurumlardan hükümlüleri ne surette çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmet listelerini oluştururlar. Bu listeler mahkemelere verilir. Mahkeme bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu red etme hakkına sahip olduğunu hatırlatır.

Yargıtay, önceki tarihli bir kararında “infazda tereddüt yaratacak şekilde hangi iş yerinde çalıştırılacağı belirtilmeden karar verilmesinin kanuna aykırı olduğunu” belirlemişken⁶⁷⁰, daha sonraki tarihli bir diğer kararında ise, mahkemenin sadece “kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine hükmetmesi gerektiğini, infazı kısıtlar biçimde yer belirtilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğunu” ifade etmiştir⁶⁷¹.

Kanaatimizce, CGTİHK’nın 105/2. maddesinin açık anlatımı nedeniyle ve hazırlanacak hizmet listelerinden sanığa bir hizmet önerileceğine göre, sanığın da bu önerilen hizmeti kabul etmiş olması durumunda “kamuya yararlı işte” çalıştırma seçenek yaptırımına hükmolunacağı hususu dikkate alındığında, mahkeme ile sanığın üzerinde anlaşmaya vardıkları hizmetin, karar yerinde gösterilmesi gerekir. Kanunun açık anlatımı karşısında, sadece “kamuya yararlı işte çalıştırılmasına” denmesinin yeterli

⁶⁶⁸ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 74.

⁶⁶⁹ “...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 Sayılı TCK’nın 50/1-f maddesinde, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte ücret ödenmeksizin çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen, sanığın ...Belediyesinde ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” 2 CD, 05.10.2006 gün, 1616/16026 Sayılı kararı için bkz: <http://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim: 16.01.2008).

⁶⁷⁰ “...infazda tereddüt yaratacak şekilde hangi iş yerinde çalıştırılacağı belirtilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırıdır” 2. CD., 17.01.2007 gün, 10747/263 (METİNER/KOÇ, s. 1538); Aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1164.

⁶⁷¹ “TCK’nın 50/1 (f) maddesi uyarınca sadece kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine hükmedilmesi gerekirken, infazı kısıtlar biçimde yer belirtilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu” 2. CD, 24.07.2008 gün ve 15576/13619 Sayılı Karar.

olmayacağı, infazı kısıtlamadan vazgeçilmemesi için, şahsın hürriyetinden fedakârlık edilmesinin doğru olmayacağı düşünülmektedir⁶⁷².

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/6. maddesi ve “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği 35. maddesi bu seçenek yaptırımın infazına ilişkindir.

c. Sanığın Başka Bir Suçundan Dolayı Kendisine Hapis Cezası Verilmemelidir.

CGTİHK’nın 105/3. maddesi gereğince; “Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde, kamu yararına çalıştırma kararı verilemez”

Hükümlüye, kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımını uygulanacak ise, bu cezanın infaz edilebilmesi için, sanığın bir başka suçundan dolayı kendisine hapis cezası verilmemelidir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük 51/6 (c) hükmü de aynı doğrultudadır.

Mahkeme tarafından, hapis cezasına hükmedildiğinde, verilecek olan kısa süreli hapis cezasının, kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımına çevrilmemesi⁶⁷³ diğer bir başka seçenek yaptırıma hükmolunmasına engel değildir.

Kanunun kullandığı dilden dolayı, burada verilecek olan hapis cezası ile seçenek yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımın aynı anda verilmesine engel olmaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

Kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına engel olacak hapis cezasının süresi kanunda gösterilmemiştir. Bu nedenle verilecek bir hapis cezasının süresi ne kadar olursa olsun, her halde kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına engel olması, adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Mesela, hükmolunacak birkaç aylık bir hapis cezası, söz gelimi bir yıl olarak hükmedilen bir hapis cezasının, kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına çevrilmesine engel olabilecektir.

⁶⁷² “Kanunlar ne kadar mükemmel, mahkemeler ve hakimler ne kadar adil ve ehliyetli, hükümler ne derece haklı ve isabetli olursa olsun, verilecek cezalar kanunun tarifine ve gayelerine göre tatbik edilmedikten sonra ne işe yarar?” TANER, s.610.

⁶⁷³ Benzer görüş için bkz: KAMER, s. 324.

2. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımının Süresi

TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, "...mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle..." kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.

Bir görüşe göre Kanun, "...tedbirin süresi mahkûm olunan hapis cezasının yarısından bir katına kadar (hükmedilen hapis cezası) kadardır..." demekle, üst sınır olarak mahkûm olunan hapis cezasının miktarının esas alınması gerektiğini bildirmektedir⁶⁷⁴. Yargıtay'ın da, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklamaya ilişkin, TCK'nın 50/1 (d) maddesi ile ilgili olarak verdiği kararı ile bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır⁶⁷⁵. Ancak, gerek belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama seçenek yaptırımı ve gerekse TCK'nın 50/1 (e) maddesinde düzenlenen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımları için yapılan açıklamalar da dikkate alınarak ve benzer biçimde, buradaki "bir katına kadar" biçimindeki ibareyi (1+1) olarak anlamak gerektiği kanaatindeyiz. Yani, hükmolunan kısa süreli hapis cezası, mesela bir yıl ise bu süre en az altı ay en fazla bir değil, iki yıl olarak anlaşılmalıdır⁶⁷⁶. Aksi takdirde, maddenin "hükmolunan ceza veya yarısı kadar" biçiminde kaleme alınması gerekirdi. Maddede yer alan anlatım biçiminin çok basit ve sade olduğu söylenemez ise de "bir katı" belirtilen şekilde anlamının daha uygun olacağı söylenebilir.

Ayrıca; CGTİHK'nın 105/2. maddesine göre; "...Mahkeme,...hizmeti ve süresini hükümlüye önermek ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatmak" zorundadır.

Burada zikredilmesi gereken bir başka husus ise kamuya yararlı bir işte çalışma süresinin "toplam olarak" nasıl hesaplanacağıdır. Çünkü Denetimli Serbestlik ve Yardım

⁶⁷⁴ ARTUK, Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, s. 74. Aynı görüş için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 874.

⁶⁷⁵ "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 sürü ile belirli yerlere gitmekten yasaklama tedbirine çevrilmesi yasaya aykırıdır" 9. CD, 15.04.2010 gün E. 2008/8960, K. 2010/4090 <http://www.hukuk.com/fractal/hukukTurk> (erişim: 07.12.2010).

Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin⁶⁷⁷ 59/1. 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 saat olarak 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”. Yönetmeliğin 59/2. maddesine göre ise; “Hükümlünün çalışacağı gün ve saatler şube müdürlüğü veya büroca, kendi işi, aile veya eğitimi ve yaşamı gibi özellikler dikkate alınarak belirlenir”.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına karar verilen hükümlülere, çalıştıkları sürece haklarında, 17.07.1964 Tarihli ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümleri uygulanmayacaktır⁶⁷⁸.

3. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımından Dönülmesi

Seçenek yaptırımlardan dönülmesi yani hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın⁶⁷⁹ (tedbirin) gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verecektir (TCK m. 50/6). Bu seçenek yaptırımların hepsi için genel nitelikte bir düzenleme olup TCK m. 50/1 (b)-(c)-(d)-(e)-(f) bentlerinde yazılı tüm seçenek yaptırımlar için, TCK m. 50/1 (a) hariç olmak üzere geçerlidir⁶⁸⁰. Bu genel

⁶⁷⁶ Benzer görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555-556.

⁶⁷⁷ RG: 18.04.2007 gün ve Sy. 26497.

⁶⁷⁸ İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 211.

⁶⁷⁹ 5739 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile burada yer alan yaptırımın ibaresi tedbirin olarak değiştirilmiştir.

⁶⁸⁰ Bu genel nitelikteki düzenleme aslında 01.03.2008 gün ve 26803 Sayılı RG’de yayınlanan 5739 Sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeden önce TCK’nın 50/1 (a) bendinde yazılı adli para cezası niteliğindeki seçenek yaptırımı için de geçerli bir düzenlemeydi. Ancak, adli para cezası seçenek yaptırımı (TCK m. 50/1 (a) ile TCK 52. maddesi gereğince doğrudan doğruya hükümlenen adli para cezası arasındaki farklılığı gidermek bakımından; CGTİHK’nın 106/9. maddesinde yapılan değişiklik ve CGTİHK’nın 106/10. hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla, TCK’nın 50/1 (a) maddesinde yazılı adli para cezası seçenek yaptırımı böylece TCK’nın 50/6. maddesi kapsamındaki düzenlemeden çıkartılmış, CGTİHK’nın 106 maddesinde yer alan ve doğrudan doğruya hükümlenen adli para cezaları (TCK m. 52) ile aynı hukukî akıbete tabi kılınmış oldu.

nitelikteki seçenek yaptırımdan dönülmesine ilişkin düzenlemenin yanı sıra, kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımından dönülmesine ilişkin ayrıca özel bir düzenleme yapılmıştır ki, bu düzenleme, CGTİHK'nın 105/5. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “Mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama halinde, geri kalan ceza aynen çektirilir”.

4. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Seçenek Yaptırımı ile İnfaz Sırasında Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma (CGTİHK m. 105/4) Şeklinde İnfaz

TCK m. 50/1 (f)'de düzenlenmiş bulunan kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına benzer bir düzenleme ise CGTİHK'nın 105/4. maddesinde yer almaktadır⁶⁸¹. CGTİHK'nın 105/4. maddesine göre; “İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan hükümlülük süresinin yarısını iyi hâl ile geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece, karar verilebilir”. Kanaatimizce, bu iki müessesenin birbirine benzerliği şekli olup, esas itibarıyla birbirinden farklıdır⁶⁸². Bu farklılıklar kısaca şöyle özetlenebilir: TCK m. 50/1 (a)'da ki düzenleme, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya bir alternatiftir. Bir başka deyişle, hapis cezası yerine kendisine başvurulmuş bir başka ceza, bir seçenek yaptırımdır. Bu seçenek yaptırıma başvurulması, yargılama aşamasında ve cezanın belirlenmesi safhasında olmaktadır. Bu aşamada yapılan bir cezanın belirlenmesi, verilen bir cezanın şahsileştirilmesi işlemidir ki bu, TCK'nın 50/1. maddesi gereğince, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre yapılacaktır. Oysa, CGTİHK'nın 105/4. maddesinde yer alan düzenleme, infaz aşamasında başvurulacak ve maddenin belirlediği düzenlemeye göre, cezası bir yıl veya daha az kalmış olan hükümlünün istemi üzerine, mahkûmiyet süresinin geriye kalan kısmını, kamuya yararlı bir işte çalıştırılarak geçirebilmesine

⁶⁸¹ CGTİK 105/4 maddesinde yer alan düzenleme bir özel infaz yöntemidir. ZAFER, s. 381.

⁶⁸² Müesseselerin benzer olduğu görüşü için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 555-556.

imkân tanınmasıdır. Burada, esas itibarıyla, iki yıldan daha fazla olmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezanın (hapis) cezasının infazı söz konusudur⁶⁸³. Kamuya yararlı bir işte çalışarak, cezasının infaz edilmesini hükümlünün istemesi yeterli değildir. Buna, Mahkemece karar verilmesi gerekir. Madde metninde, mahkeme için “karar verilebilir” denildiğinden, burada, mahkemenin bir takdir hakkının bulunduğu açıktır. Mahkeme ise, bu takdir hakkını, kanaatimize göre, asla TCK’nın 50. maddesinin 1. fıkrasında yazılı olan kriterlere göre kullanamaz. Çünkü, bu kriterler tamamen cezanın belirlenmesine ilişkindir. Burada ise, belki mahkemece, hükümlünün cezasının infaz edilen kısmındaki tutum ve davranışlarına bakılması, vereceği kararda bunları tartışması daha yerinde olacaktır.

TCK’nın 50/1 (f) maddesi açısından cezanın tespiti söz konusu olduğundan, buna ilişkin kararlar açısından asıl olan temyiz (bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra istinaf) kanun yoludur. Oysa CGTİHK’nın 105/4. maddesi bakımından infaz aşamasına ilişkin bir karar söz konusu olduğundan, kanaatimizce, böyle bir karar temyiz edilemez. yalnızca itiraza konu edilebilir.

Sonuncusu ve belki de en önemlisi, her iki müessesenin hukukî sonuçları bakımından ortaya çıkmaktadır: TCK’nın 50/1 (f) maddesi gereğince verilen hüküm açısından, uygulamada asıl mahkûmiyet, TCK’nın 50/5. maddesi gereğince, seçenek yaptırımdır (ya da kanundaki terim bakımından tedbirdir). Oysa CGTİHK’nın 105/4. maddesi gereğince, mahkûmun kamuya yararlı bir işte çalıştırılarak infaz edilecek olan hapis cezasına rağmen, uygulamada asıl mahkûmiyeti yine hürriyeti bağlayıcı cezanın kendisidir, ceza hapis cezası olarak infaz edilmiş sayılacaktır.

⁶⁸³ Burada aslında bir anlamda kısa süreli bir hapis cezasının özel bir infaz şekli söz konusudur. Bu nedenle CGTİHK’nın 105/4. maddesi, aynı Kanunun 110. maddesindeki düzenlemelere daha yakındır. Bu nedenle, 105/4. maddesi gereğince karar verecek olan mahkeme, hükümlünün cezasının kararı verilen yerin dışındaki bir başka yerde infaz edilmesi durumunda hükümlünün bulunduğu yerde aynı dereceli mahkeme tarafından karar verilecektir. Oysa TCK 50/1 (f) maddesi bakımından, söz gelimi kamuya yararlı işte çalışma seçenek yaptırımının geri alınması (TCK m. 50/6) ya da bu seçenek yaptırımın değiştirilmesi (TCK m. 50/7) söz konusu olduğunda, TCK 50. maddesinde açık düzenlemeler nedeniyle, hükmü veren mahkeme yetkilidir. Hükümlünün bir başka yerde olması bunu değiştirmez. Çünkü, seçenek yaptırımın belirlenmesi ve değiştirilmesi cezanın saptanması, cezanın şahsileştirilmesi ile ilgili bir

§3. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETME ZORUNLULUĞU

I. GENEL OLARAK

TCK'nın 50/3. maddesi gereğince; daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların, mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

TCK'nın 50/3. maddesinde yer alan bu düzenleme esas itibarıyla 647 CİHK'nın 4/2. maddesinde yer alan düzenlemeye benzemektedir. Çünkü 647 Sayılı Kanunda 11.06.1978 gün ve 2148 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile otuz güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı ceza yerine anılan Kanunun 4. maddesinde yer alan ceza veya tedbirlerden birine çevrilmesi zorunluluğu vardı⁶⁸⁴. Buna rağmen, TCK'nın 50/3. maddesindeki düzenleme, 647 Sayılı Kanunun 4/2. maddesindeki düzenlemeden iki noktada ayrılmaktadır. Bunlar: TCK'nın 50/5. maddesi gereğince, uygulamada asıl mahkûmiyet çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğuna göre, daha önce özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilmiş para cezasına mahkûm edilmiş olmak, 30 güne kadar özgürlüğü bağlayıcı cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesine engel olmayacaktır⁶⁸⁵. Diğer bir farklılık ise, TCK'nın 50/3. maddesi ile getirilen ve 647 Sayılı Kanunun 4/2. maddesinde yer almayan, “fiili işlediği tarihte altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildikleri bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğudur”. Bunun son derece yerinde bir değişiklik olduğunu söylemek gerekir⁶⁸⁶.

meseledir ve bu nedenle, delil ile doğrudan doğruya temas eden mahkeme tarafından belirtilen işlemlerin yerine getirilmesi istenilmektedir.

⁶⁸⁴ YÜCEL, Kriminoloji, s. 219; “Suç tarihi itibarıyla 18 yaşını tamamlamamış olan sanık hakkında 647/4 maddesinde öngörülen ön koşul gerçekleşmiş olmakla tayin olunan 25 gün hapis cezasının zorunlu olarak para cezasına veya tedbire çevrilmesi gerekmektedir” CGK., 01.02.2000 gün, 8-5/10 Sayılı Karar (METİNER/KOÇ, s. 1519).

⁶⁸⁵ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.549.

Kanunun, 50/3. maddesinde benimsediği dil bakımından, şartların var olması durumunda, burada, artık hakimin takdir hakkından bahsedilemez. Yani, şartları varsa, hakim, hükmettiği hapis cezasını, TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevirmek zorundadır⁶⁸⁷. Bunu yapmaması, kanuna açık bir aykırılık olur ve bu husus, Yargıtay tarafından kararın bozulmasına gerekçe teşkil eder⁶⁸⁸.

Ayrıca, zaman zaman, bu tür bir yasal zorunluluğun yerine getirilmemesi, hakimin disiplin ve hatta hapis cezası infaz edilmiş ise cezaî sorumluluğunu (görevi ihmal gibi) gerektirebilir. Bu şekilde şartları var olduğu halde, hapis cezasının yasada belirtilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmemesi kararını infaz eden Cumhuriyet Savcısının da hiç kuşku yok ki disiplin ve cezaî sorumluluğu doğabilecektir.

TCK'nın 50/3. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme, Alman CK § 38'de yer almaktadır. Bu madde, özgürlüğü başlatıcı cezanın alt sınırını bir aydan başlatmış ve bir aydan daha az süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine para cezası uygulanacağını belirtmiştir⁶⁸⁹.

Benzer bir düzenleme, İsveç Ceza Kanunda bulunmakta olup, Fransa'da ise, en az hürriyeti bağlayıcı cezanın, on beş gün olması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Aynı görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 549.

⁶⁸⁷ “Bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmamıştır. Böyle bir durumda hâkimin takdir hakkı, belirlenecek olan seçenek yaptırım ile sınırlı tutulmuştur” METİNER/KOÇ, s. 1489; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 590.

⁶⁸⁸ “5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi gereğince, fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış sanık hakkında hükmolunan bir yıldan az süreli hapis cezasının aynı Kanunun 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi kanuna aykırıdır” 2. CD., 18.06.2007 gün 5134/8912 (METİNER/KOÇ, s. 1529); “Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olan sanık hakkında hükmolunan otuz günden az (25 gün) hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca, bu maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi kanuna aykırıdır” 2. CD., 14.01.2008 gün, 14345/42 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1150).

⁶⁸⁹ ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s.272.

⁶⁹⁰ YÜCEL Kriminoloji, s.221.

II. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETMENİN ZORUNLU OLDUĞU HÂL İÇİN YASAL ŞARTLAR

TCK'nın 50/3. maddesi gereğince, 1.fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak hükmedilmesinin şartları, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak, hükmolunan hapis cezasının 30 gün veya daha az süreli olması ile fiili işlediği zaman 18 yaşından küçük veya altmış beş yaşından büyük olanlar için hapis cezasının bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olması biçiminde tasnif edilebilir.

Bu şartlar, hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevirmeyi zorunlu kılan şartlardır. Yani, bu şartların ancak tamamı varsa, seçenek yaptırıma çevirmek bir zorunluluktur. Bu şartlardan biri bile eksik ise, o zaman, çevirme zorunluluğu ortadan kalkar ve diğer şartlar varsa, ancak mahkeme çevirip çevirmemeyi takdir edebilir⁶⁹¹.

A. Daha Önce Hapis Cezasına Mahkûm Edilmemiş Olmak

1. Önceki Mahkûmiyetin Niteliği

Önceki mahkûmiyetin niteliği konusunda, TCK'nın 50/3. maddesinde getirdiği yeni düzenleme, 647 Sayılı CİHK'nın 4/4. maddesindeki düzenlemeden farklıdır. Çünkü, eski düzenlemeye göre; önceden özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilmiş bulunan para cezasına mahkûm olan suçlu hakkında, sonradan işlediği suçtan verilen otuz günden az özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezası ya da diğer yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunlu değildi⁶⁹². Bir başka anlatımla, özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrili para cezasının var olması, 647 Sayılı CİHK'nın 4/4. maddesi gereğince, hapis cezasının zorunlu olarak çevrilmesine engel olmaktaydı. Yargıtay'da böylesi bir zorunluluğun

⁶⁹¹ “Sanığın gelen sabıka kaydı ilamına göre, 5237 Sayılı TCY’ nın 50/3. maddedeki koşulun gerçekleşmediğinden, suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanık hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunluluğundan söz edilemez. Bu durumda, sanık hakkında verilen hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi mahkemenin takdirine bağlıdır...” 4. CD., 05.12.2006 gün 8660/17299 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1173).

⁶⁹² ÇINAR, s. 43.

bulunmadığını karara bağlamıştı⁶⁹³. TCK'nın 50/3. maddesi ile getirilen düzenlemenin öncekinden ayrıldığı en önemli nokta da kendisini burada göstermektedir.

TCK'nın 50/3. maddesine göre; Kanun koyucu, hükmolunan kısa süreli hapis cezasının belirtilen seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak çevrilebilmesi için bir ön şart niteliğinde olmak üzere, daha önceki bir tarihte, “hapis cezasına” mahkûm edilmemiş olmak koşulunu getirmektedir. Buna göre, önceki mahkûmiyet “hapis cezası dışında”, TCK'nın 52. maddesi gereğince, hükmolunmuş adlî para cezası veya adlî para cezası niteliğinde bir seçenek yaptırım (TCK m. 50/1 a) veya TCK m. 50/ 1 b, c, d, e, f bentlerinde yer alan bir başka seçenek yaptırımlar da olabilir. Bunlardan mahkûm edilmiş olmak, TCK'nın 50/3. maddesi gereğince hapis cezasının seçenek yaptırıma zorunlu olarak çevrilmesine engel olmayacaktır. Engel olabilecek tek mahkûmiyet türü “hapis” cezasına ilişkin olanıdır⁶⁹⁴. Nitekim, Yargıtay verdiği kararlarda, önceki mahkûmiyetin adlî para cezası ilişkin olmasını, TCK'nın 50/3. maddesinin zorunlu olarak uygulanması gereken durumlar açısından engel olarak görmediğini ifade etmiştir⁶⁹⁵.

⁶⁹³ “...suç tarihinden önce para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olması şartıyla onsekiz yaşını tamamlamamış kimse hakkında 30 gün dahil özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyette hakimnin bu cezayı para cezasına çevirmesi zorunludur...” CGK, 01.11.1999 gün, 4-200/254 (KABAN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ, Eylül, 2001, s.1019-1021) nakleden: ÇINAR, s. 43.

⁶⁹⁴ “Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olan sanık hakkındaki 30 günden az süreli hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır” 2. CD, 03.10.2007 gün, 8490/12379 (YALVAÇ, s. 380); Aynı doğrultuda kararlar için bkz: 2. CD, 28.06.2007 gün, 6641/9651 (YALVAÇ, s. 381); 2. CD, 21.02.2007 gün, 10042/2518 (YALVAÇ, s. 384); 4. CD., 25.09.2007 gün, 8702/7262 (METİNER/KOÇ, s. 1526).

⁶⁹⁵ “Sanığa ait adlî sicil kaydında yazılı olan mahkûmiyet kararının adlî para cezasından ibaret olması karşısında, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olan sanığa verilen bir ay hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında uyarınca bu maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlarından birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır” 2 CD, 26.11.2007 gün, 13027/12717 (YALVAÇ, s.378); “...suç tarihinde 65 yaşını doldurmuş olup önceki mahkûmiyetinin de hapis cezasından çevrili para cezasından ibaret bulunmasına göre, sanık hakkında tayin olunan 10 ay hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesi uyarınca para cezası veya tedbire

2. Önceki Mahkûmiyetin Süresi

Önceki mahkûmiyetine ilişkin hapis cezasının süresinin bir önemi yoktur. Önceki mahkûmiyete konu hapis cezası uzun veya kısa süreli olabilir. Bu hapis cezası bir gün bile olsa artık hükmolunacak hapis cezası seçenek yaptırıma çevrilemez.

3. Hapis Cezasına Mahkûmiyetin Önceliği

Burada, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak biçimindeki ibarede geçen, “daha önce”, seçenek yaptırıma konu edilecek suçun işlenilmesinden önceki bir tarih olarak anlaşılmalıdır. Yani, sanık yargılanmakta olduğu bu suçundan, “önce” bir hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmalıdır. Bir başka anlatımla, sanığın hüküm anında, hapis cezası biçiminde bir mahkûmiyet hükmünü içeren sabıkası kaydının olmaması gerekir. Bu söz konusu olan hapis cezasını içeren mahkûmiyet hükmüne konu suçun hangi tarihte işlemiş olduğunun bir önemi yoktur. Kanunun kullandığı ibarelerden bu anlaşılmaktadır. Bir başka anlatımla, sanığın yargılanmakta olduğu suçunu işledikten sonra bir başka suç işlemiş ve bu suçundan dolayı mesela yargılama tamamlanıp, sanık, bu suçundan hapis cezasına çarptırılmış ise, bu defa kendisine hükmolunacak hapis cezası, artık seçenek yaptırıma (zorunlu olarak) çevrilemez. Zira kanunun anlatımından, suç tarihlerine bir önem atfetmediği, aksine, mahkûmiyet tarihini esas aldığı anlaşılmaktadır. Tüm bu anlatılanlar bir örnekle açıklanacak olursa; Sanık, 01.07.2006 tarihinde işlediği bir suçtan dolayı yargılanmakta iken, 01.09.2006 tarihinde ikinci bir suç işlemiştir. İkinci suç için yapılan yargılamanın bittiği tarihte, birinci suçundan yargılama tamamlanmamış ise hakkında hükmolunacak hapis cezasının seçenek tedbire (TCK’nın 50/3. maddesi gereğince zorunlu olarak) çevrilmesinde pek tabidir ki hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Zira Kanun, suç işlenilmesini değil “hapis cezası ile mahkûm olunmasını” bir koşul olarak getirmektedir. Bu nedenle, ikinci suçundan dolayı, kendisine hapis cezası verilmiş ve bu ceza kesinleşmiş ise, artık birinci suçundan dolayı verilecek hapis cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesindeki zorunluluk hali

çevrilmesi zorunluluğunun bulunduğu gözetilmeden hüküm tesisi” 3.CD., 04.10.2007 gün, 10380/6878

ortadan kalkar. Bir başka anlatım ile, hükmolunan hapis cezasının seçenек yaptırma çevrilmesi sırasında, sanığın sabıka kaydında bulunan bir hapis cezasının mesnedini teşkil eden suçun işlendiği tarihin bir önemi yoktur. Bu sabıka kaydında yer alan suç, pek doğaldır ki yargılanmakta olduğu suçtan önce işlenmiş olacaktır. Ancak, bunun bir önemi yoktur. Sabıka kaydında yer alan suç daha sonraki bir tarihte işlenmiş ve bunun yargılanması tamamlanarak kendisine hapis cezası verilmiş ise, artık hükmolunacak hapis cezasının seçenек yaptırma çevrilmesi zorunluluğu ortadan kalkar. Yani zorunlu çevirmenin (TCK'nın 50/3.) şartları yoktur. Takdiri çevirme ise (TCK m. 50/1) şartları varsa söz konusu olabilir.

4. Hapis Cezasına Mahkûmiyetin Eskiliği

Hapis cezasına mahkûmiyetin eskiliği ile kast edilen önceki mahkûmiyetin de bir sınırının olması gerektiğidir. Hapis cezasına mahkûmiyet, işlenen suçtan önce olabilir. Ancak, tüm önceki mahkûmiyetler de zorunlu olarak seçenек yaptırma çevirmeye engel olabilecek midir? Daha önceki hapis cezasına mahkûmiyetin ne kadar eski olacağı yolunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Eski olan hapis cezasına mahkûmiyeti içeren sabıka kaydının silindiği veya silinme koşullarının gerçekleştiği durumlarda, önceki mahkûmiyetin artık seçenек yaptırma başvurulmasına engel teşkil etmemesi gerekir⁶⁹⁶. Nitekim Yargıtay verdiği kararlarında bu görüşte olduğunu göstermektedir⁶⁹⁷.

(ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1146).

⁶⁹⁶ Aynı doğrultuda görüş için bkz: ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 278.

⁶⁹⁷ "...önceki hapis cezasının silinme koşullarının oluşması nedeniyle 25 günlük hapis cezasının paraya çevrilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmakla..." 4. CD., 21.01.2008 gün, 12481/560 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1145); "Sabıka kaydında yer alan hükümlülüğün silinme koşulları gerçekleşmiş erteli ceza olduğu gözetilmeden ertelememe ve paraya çevirmeme kararına gerekçe gösterilmesi yasaya aykırıdır..." 4 CD, 22.10.2007 gün 4558/8236 (YALVAÇ, s. 380); Aynı doğrultuda: 5. CD, 08.05.1996 gün 1367/1556 (ERDOĞAN, s. 250); "Sanığın 765 Sayılı TCY'nın 191/1. ve 80. maddesi uyarınca 8 gün 482/2. ve 80. maddeleri uyarınca 17 gün hapis ve 570 YTL adli para cezasıyla cezalandırıldığı, sanığın önceki suçuna ilişkin hafif para cezasının 05.11.1997 tarihinde infaz olunduğu, hüküm verildiği tarihte yürürlükte bulunan 3682 Sayılı Adli Sicil Yasasının 8. maddesinde öngörülen adli sicilden silinme koşullarının oluştuğu gözetilmeden otuz güne kadar hapis cezalarının adli para cezası veya tedbire çevrilmesi gerektiğinin düşünülmemesi" 4. CD., 01.05.2007 gün, 3608/4132 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1146); "Suç tarihinde 65 yaşından büyük olup daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş ve önceki mahkûmiyetlerinin adli sicilden çıkartılma koşulları

Önceki hapse mahkûmiyete konu suçun, Yasa Koyucu tarafından, daha sonraki bir tarihte, suç olmaktan çıkartılmış olması veya suça konu eylemi içeren kanun maddesinin daha sonraki bir tarihte Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunması durumlarında, artık sabıka kaydında yer alan hapis cezasının dikkate alınmaması ve sanık hakkında bu defa seçenek yaptırımlardan birine hükmolunabilmesi gerekir⁶⁹⁸.

5. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının Geçerliliği

Burada tartışılması gereken çok önemli bir başka konu, sabıka kaydında yer alan (yani daha önceki mahkûmiyetine konu) hapis cezası, aslında, TCK'nın 50/3. maddesi gereğince seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunlu bir hapis cezası olduğu halde, bu yapılmamış ve bu nedenle ceza, hapis cezası olarak kalmış ise durum ne olacaktır?

Kanaatimizce, önceki mahkûmiyete konu hapis cezası, aslında seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunlu bir hapis cezası ise, artık bunun mahkeme tarafından hapis cezası olarak göz önünde bulundurulmaması ve bu nedenle, diğer şartlarında var olması durumunda, bu kez hükmolunacak hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi gerekir. Yani, önceki mahkûmiyeti sırasında, hapis cezasının bir zorunluluk olarak seçenek yaptırıma çevrilmesi gerekirken, bunun yerine getirilmemiş olması, bir hata olarak değerlendirilmeli ve bu yargısal hatadan dolayı da sanığın mağdur edilmemesi gerekmektedir.

6. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının İnfazı Meselesi

Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşulu arandığı için, bu koşulda yer alan hapis cezasının infaz edilmiş olup olmamasının da bir önemi yoktur. Yani sanığa hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine

gerçekleşen sanık hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca aynı kanunun 1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur" 2. CD., 15.02.2007 gün 10319/2194 (METİNER / KOÇ, s. 1536).

⁶⁹⁸ ERDOĞAN, s. 250.

engel olan önceki mahkûmiyetinin hapis cezası olması yeterlidir. Bu hapis cezasının ayrıca infaz edilmiş olması gerekmez.

7. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezasının Kesinleşmesi

Burada, hükmolunan önceki hapis cezasına ilişkin kararın kesinleşmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, ceza mahkemelerinden verilen kararların infazı ve kendilerinden beklenen hukuki sonuçların meydana gelebilmesi için kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Karar kesinleşmediği sürece, sanığın (ya da hükümlünün) suçluluğu kanıtlanmış sayılamaz. Bu nedenle, hükmolunan 30 gün veya daha az süreli hapis cezasının (ya da 18 yaşından küçük, 65 yaşından büyükler için 1 yıl veya daha az süreli hapis cezasının) 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine engel olacak olan sanığın önceki hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir.

8. Önceki Mahkûmiyete Konu Hapis Cezası ile Birlikte Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Karar Verilmiş Olması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında⁶⁹⁹, hakim, hapis cezasına hükmetmiş ve fakat hükmün açıklanmasını geri bırakmış ise, bu ceza adlî sicil kaydına işlenemeyecek ve 5 yıllık deneme süresi içerisinde kasden suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması durumunda açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılmasına ve davanın düşmesine (CMK m. 231/10), karar verildiğine göre, bu durumda, hapis cezasına mahkûm edilmiş olmak koşulunun gerçekleştiğinden bahsedilemez. Yani, böyle bir mahkûmiyet zaten dikkate alınmayacak demektir. Denetim süresi içerisinde, bir suçun işlenmiş olması durumunda ise, önceki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş sayılamayacağı için, yine bir mahkûmiyet hükmünün

⁶⁹⁹ 22.07.2010 tarihinde kabul edilen, 6008 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile TCK m. 231/6. fıkrasına “sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez” cümlesini eklemiştir. (RG: 25.07.2010 gün ve Sy. 27652).

varlığından söz edilemez. Bir başka anlatımla, böyle bir hükmün varlığı zorunlu çevirme için bir engel olarak değerlendirilemez. Hükmün açıklanmasına karar verilmiş bile olsa, karar kesinleşmediği sürece, bir hapis cezasının varlığı kabul edilemez ve zorunlu çevirmeye engel teşkil eden bir durum olarak kabul olunamaz⁷⁰⁰.

B. Seçenek Yaptırımın Zorunlu Olduğu Hâl İçin Hapis Cezasının Süresi

Zorunlu olarak seçenek yaptırıma başvurulması gereken hâl için, hapis cezasının süresi, TCK m. 50/3’de aslında iki tür olarak belirlenmiştir. Bu süre, genel kural olarak otuz gün veya daha az süreli hapis cezası ya da belirli yaş grubunda bulunanlar için ise, bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olarak saptanmıştır.

1. Otuz Gün veya Daha Az Süreli Hapis Cezası

Hapis cezasının zorunlu olarak seçenek yaptırıma çevrilebilmesi için kural olarak, otuz gün veya daha az süreli olması gerekir⁷⁰¹. Yargıtay bir ay hapis cezasını otuz gün olarak kabul etmektedir. Bir başka anlatımla, süre bir ay veya 30 gün olabilir⁷⁰². Otuz günlük süre, birden fazla suç için hapis cezası verilmesi durumunda her bir suç için hükmolunan hapis cezasına göre belirlenecektir⁷⁰³.

Otuz gün veya daha az süreli hapis cezası gerçekten de hapis cezası için oldukça kısa sayılabilecek bir süre demektir. Böylesine bir cezanın uygulanmasını gerektiren suçlar, esas itibarıyla, son derece küçük ya da önemsiz sayılabilecek suçlardır. Bu nedenle, Kanun koyucu, bu tür suçları işlemiş olanların, daha önce hapis cezasına da

⁷⁰⁰ ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 548.

⁷⁰¹ “Geçmişte suç işlemeyen ve sabıkasız olan sanığın 12 günden ibaret kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına veya maddedeki tedbirlerden birine çevrilmesinin yasal zorunluluk olduğunun gözetilmemesi kanuna aykırıdır” 2. CD., 21.12.2006 gün, 6457/20864 (METİNER/KOÇ, s. 1539).

⁷⁰² “Mahkumiyeti bulunmayan sanık hakkında hükmedilen 1 ay hapis cezasının 5237 Sayılı TCK’nın 50/3-5. maddeleri uyarınca 1. fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi” 2. CD., 21.02.2007 gün, 10042/2518 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1152).

⁷⁰³ “her suça verilen ceza yerine cezaların toplamının esas alınması nedeniyle 12’şer günlük hapis cezalarının paraya çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi yasaya aykırıdır” 4. CD, 07.02.2007 gün, 13187/1326 (YALVAÇ, s. 385). Bu karar her ne kadar 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesi ile ilgili olmak üzere verilmiş ise de kanaatimizce, TCK m.50/3 bakımından da göz önünde bulundurulması gerekir.

mahkûm edilmemiş olmaları koşuluyla, cezalarının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin bir zorunluluk olduğunu değerlendirmiş, bu açıdan hakime bir takdir hakkı da tanınmamak suretiyle⁷⁰⁴, bu tür hapis cezasının, mutlaka 1.fıkarda yazılı bir seçenek yaptırıma çevrilmesini uygun bulmuştur. Madde gerekçesinde de dile getirildiği gibi “...kısa süreli hapis cezasının adlî para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden (yaptırımlar olmalıydı) birine çevrilmesi açısından, mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı...” ifade edilmektedir. Bu hususta Yargıtay kararı da bulunmaktadır⁷⁰⁵.

Her ne kadar, mahkemenin burada hürriyeti bağlayıcı cezayı seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu varsa da, seçenek yaptırımlar arasında uygun olanını seçmek bakımında da takdir hakkı vardır. Mahkeme, TCK’nın 50/1. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlardan birini seçecektir⁷⁰⁶.

2. Bir yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezaları

Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının 50. maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunluluğunun bulunması için, sanığın fiili işlediği tarihte, on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olması gerekir

Buradaki yaş sınırlamasından, 65 yaşından büyük olma şartının, suç tarihi değil, hükmün kesinleşme tarihi esas alınarak belirlenmesi gerektiği, buna gerekçe olarak da, bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesinin toplum barışı açısından bir zorunluluk olmadığına madde gerekçesinde ifade edildiği iddia edilmiştir⁷⁰⁷

Diğer görüşe göre ise; eylem sırasında onsekiz yaşını doldurmamış olan failin, hükmün verildiği tarihte onsekiz yaşını tamamlamış olması önemli değildir. Eylemi

⁷⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867.

⁷⁰⁵ “...somut olayda, 20.03.1939 doğumlu olup suç tarihi olan 06.09.2005’de 65 yaşını tamamlamış bulunan hükümlü hakkında Yerel Mahkemece 5237 Sayılı TCY’nın 89/4. ve 62. maddeleri uyarınca hükmedilen beş ay hapis cezasının aynı yasanın 50/3. maddesi uyarınca, 1. fıkarda sayılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğuna uyulmaması isabetsizdir...” CGK., 25.03.2008 gün 9-27/61, (www.hukukturk.com), ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 548, dp. 26.

⁷⁰⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867.

gerçekleştirdiği sırada altmışbeş yaşını bitirmemiş olup ta hüküm zamanında altmışbeş yaşını bitirmiş olanlar hakkında ise hükmolunan hapis cezasının zorunlu olarak seçenek yaptırıma çevrilmesi söz konusu olmayacaktır⁷⁰⁸.

Kanaatimizce, burada, sanığın 65 yaşını tamamlayıp tamamlanmadığı suç tarihi esas alınarak belirlenecektir. Çünkü, Kanunun anlatımı son derece açık ve kesindir. “Fiili işlediği tarihte” demekle, kanun, aksine bir yorum yapmaya engel olmuştur. Kaldı ki, TCK’nın 50. maddesi cezanın belirlenmesi, cezanın tespit edilmesi aşaması ile ilgilidir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında, kanunun” fiilin işlendiği tarihte” sanığın yaşını esas almasından daha doğal bir durum söz konusu olamaz. Kaldı ki, yaşı ilerlemiş olan hükümlüler için farklı bir infaz rejiminin getirilmesi söz konusu olsa bile, bunun, ceza kanunu içinde değil, infaz kanunu içerisinde, düzenlenmesi gerekir.

Kanun koyucu, suçu işlediği sırada on sekiz yaşından küçük ve altmış beş yaşından daha büyük olanların, işledikleri suç bakımından daha az kınanabilir olduklarını değerlendirmektedir. Suçu işlediklerinde bu yaşta bulunan sanıkların, işledikleri suç bakımından daha az kınanabilir olmaları ve bu nedenle haklarında hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğu, seçenek yaptırımın ceza olması özelliğine hanel getirmez. Tam tersine, kanun koyucu bu yaştaki kimselere de seçenek yaptırım uygulayarak, bunların davranışlarının da kınanabilir olduğunu ifade etmektedir. Bunlar hakkında, güvenlik tedbiri değil, daha az kınanabilir olmaları nedeniyle belki daha az şiddette denilebilecek olan bir ceza yani bir seçenek yaptırım uygulanmaktadır. Bir başka anlatımla, bunlar hakkında, seçenek yaptırım uygulanması kendilerine ceza verilememesi ile bağlantılı değildir. Zira, bu kimselerin işledikleri fiil tam anlamıyla bir suç teşkil etmektedir ve cezaî ehliyetleri vardır. Eylem suç olarak kabul edildikten sonra, bunların da cezalandırılması gerekir. Ancak bunların yaşları gereği daha az kınanabilir olmaları, kendileri hakkında, daha az

⁷⁰⁷ “65 yaşının aranması, hükmün kesinleşme tarihi itibarıyla olmalıdır. Çünkü maddenin gerekçesinde de yaşlı kişiler kastedilerek ‘bu kişilerin mahkûm oldukları cezanın infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir’ denilmektedir” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 163-164.

⁷⁰⁸ YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, s. 134.

şiddetli bir cezanın hükmedilmesine ve böylece daha adil ve daha insanî bir hükmün kurulmasına caba gösterilmektedir.

TCK'nın 50/3. maddesi, 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası yerine getirilmiş olup, bu madde yürürlükte iken Yargıtay, vermiş olduğu kararında : “Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanık hakkında hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 1. fıkra yazılı para cezası veya tedbirlerden birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesini” bozma nedeni yapmıştır⁷⁰⁹. Yargıtay Ceza Daireleri, TCK'nın 50. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra verdikleri kararlarda⁷¹⁰ ve Ceza Genel Kurulu Kararında⁷¹¹ “suçun işlendiği tarihte” 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanıklar⁷¹² ile “suç işlediği sırada” 65 yaşından büyük olan sanıklar hakkında⁷¹³, belirlenen kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı

⁷⁰⁹ “Suç tarihinde 18 yaşını tamamlamayan sanık hakkında tayin olunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinde yazılı tedbirlerden birine çevrilmemesi yasaya aykırıdır” 11. CD, 01.05.2007 gün, 2119/2959 (YALVAÇ, s.383); Ayrıca aynı doğrultuda karar için bkz: 11. CD, 18.03.2004 gün, 1341/2106 (PARLAR/HATİPOĞLU, s.355).

⁷¹⁰ “10.2.1987 doğumlu olup suçun işlendiği 18.11.2004 tarihinde 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, belirlenen kısa süreli 11 ay 20 gün özgürlüğü bağlayıcı cezanın 5237 Sayılı TCY'nin 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1.fikrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır.”6. CD, 22.12.2005 gün 16217/12392; “Kayden 29.12.1986 doğumlu olup, suçun işlendiği tarihte 18 yaşından küçük olan sanık hakkında verilen hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/3 üncü maddesi delaletiyle aynı maddenin 1 nci fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır” 3. CD, 07.11.2006 gün 11145/8080 (MERAM, s. 255) nakleden: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 866-867, dp. 115; Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz: 11. CD, 24.09.2007 gün, 6780/5827 (YALVAÇ, s. 380); 11. CD, 14.06.2005 gün, 4190/6665 (MERAM, s. 259) nakleden: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 867, dp. 115.

⁷¹¹ “Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş bulunan sanık hakkında 5237 Sayılı TCY'nin 174/3. ve 62. maddeleri uyarınca hükmolunan 25 gün hapis cezasının aynı yasanın 50/3. maddesi uyarınca 1.fıkra sayılan seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunludur” CGK, 08.04.2008 gün, 28/79, ayrıca CGK, 08.04.2008 gün 72/73 (YALVAÇ, s. 366-367).

⁷¹² “Suç tarihinde 18 yaşını bitirmeyen sanık hakkında hükmolunan kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın 5237 Sayılı TCY'nin 50. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasındaki para cezasına veya önlemlerin birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi” 6. CD., 01.11.2007 gün, 1207/11522 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1152-1153); “Suç tarihinde 18 yaşını tamamlamamış sanık hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/3 maddesi uyarınca, aynı maddenin 1.fikrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun...gözetilmemesi” 8. CD., 19.11.2007 gün, 8100/7887 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1153).

⁷¹³ “Suç tarihinde 65 yaşından büyük olup, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olan sanık hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca aynı maddenin 1.fikrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunluluğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır” 2. CD, 23.10.2007 gün 10050/13438 (YALVAÇ, s. 379); “Sanığın suç tarihinde 65 yaşını doldurmuş olup önceki mahkumiyetinin de hapisten çevrili para cezasından ibaret bulunmasına göre, sanık hakkında tayin olunan 10 ay hapis cezasının 5237 Sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca para

cezaların, 5237 Sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiş, tüm bu kararlarında suç tarihine açıkça vurgu da bulunmuştur.

TCK m. 50/3 uygulaması bakımından da bir yıllık hapis cezasının hesaplanmasında her bir suç için hükmolunan hapis cezası ayrı ayrı dikkate alınacaktır⁷¹⁴.

III. SEÇENEK YAPTIRIMIN ZORUNLU OLDUĞU HÂL (TCK m. 50/3) ile ADLİ PARA CEZASINA ÇEVİRME YASAĞININ (TCK m. 50/2) BİRLİKTE UYGULANMASI SORUNU

Her ne kadar bu mesele daha önce adlî para cezasına çevirme yasağı konusu ele alındığında incelenmiş ise de konuya burada kısaca değinilmektedir⁷¹⁵.

Esas itibariyle seçimlik cezanın yani madde metninde hem hapis ve hem de adlî para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, seçilen hapis cezasının, gerek miktar olarak 3 aydan daha az bir miktar olması durumunda yaşı ne olursa olsun tüm failler hakkında, ve gerekse yaşı 18 den küçük veya 65 yaşından büyük olan faillerin bir yıla kadar olan hapis cezaları için önce hapis cezasının seçilmiş olması durumunda, bunun seçenek yaptırımlara veya adlî para cezasına çevrilip çevrilemeyeceği hususunda *Hakeri*, seçimlik cezaların söz konusu olduğu durumlarda, hapis cezasının seçilmesi halinde, TCK'nın 50/3. maddesi şartları mevcut olsa bile, bu hapis cezasının, artık adlî para cezasına çevrilemeyeceğini ifade etmektedir⁷¹⁶. Benzer bir biçimde *İnce*, “Hakim seçenekli cezalardan hapis cezasını tercih etmekle sanığa adlî para cezasının

cezası veya tedbire çevrilmesi zorunluluğunun bulunduğu gözetilmelidir” <http://emsal.Yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (erişim: 15.06.2009); Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz: 2. CD., 27.11.2007 gün, 10360/15814 (METİNER/KOÇ, s. 1523); CGK., 25.03.2008 gün 9-27/61, www.hukukturk.com (ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 548, dp. 26); 2. CD., 15.10.2007 gün, 10408/13049 (METİNER/KOÇ, s. 1525).

⁷¹⁴ “Suç tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubunda bulunan sanık hakkında hükmolunan kısa süreli iki ayrı hürriyeti bağlayıcı cezanın toplanmasıyla, 5237 Sayılı Yasanın 50/3. maddesine göre tedbirlerden birine çevrilmesi zorunluluğuna aykırı davranılması yasaya aykırıdır” 3. CD, 07.03.2007 gün, 5228/2068 (YALVAÇ, s. 384).

⁷¹⁵ Bknz: Seçenek Yaptırıma Hükmetmenin Genel Şartları Bölümünde, Hapis Cezasına İlişkin Şartlar, Adlî Para Cezasına Çevirme Yasağı,

⁷¹⁶ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2008, s. 383-384.

uygulanması yolunu kapatmak istemiş olacağından, bu durumda, 3. fıkradaki süreler kapsamında kalsa dahi, kısa süreli hapis cezası adlî para cezasına çevrilmemelidir. Hâkimin böyle bir zorunluluğu yoktur” görüşünü savunmaktadır.

Kanaatimizce, TCK’nın 50/3. maddesi hükmü ile getirilen seçenek tedbirlere çevirme zorunluluğu, 50/2. maddesi hükmü ile getirilen adlî para cezasına çevirme yasağına üstün tutulmalı ve böylesi bir durumda nasıl ki tüm seçenek tedbirlerden birine hükmetmek bir yasal zorunluluk ise, hakim, bu durumda da, adlî para cezasına çevirebilme ve sonuç olarak bir seçenek yaptırım olarak adlî para cezasına hükmedebilmesine imkân tanımak gerekir. Zira, seçenek yaptırımlar birer ceza olarak bir bütünlük arz etmektedir ve adlî para cezasına çevirme seçenek yaptırımı da, bu bakımından diğer seçenek yaptırımlardan ayrılamaz. Nitekim, Yargıtay verdiği birçok karar ile TCK’nın 86/2. maddesi gereğince kurulacak hükümde, hapis cezasının tercih edilmesi durumunda, TCK’nın 50/3. maddesindeki seçenek yaptırımlardan birine çevirme zorunluluğunun bulunması durumunda, hapis cezası tercih edilmiş olmasına rağmen, bu cezanın adlî para cezası da dahil olmak üzere, 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan herhangi birine çevrilmesi gerektiğini karara bağlamıştır⁷¹⁷. Bu kararlar, TCK’nın 50/1 (a) maddesinde düzenlenen kısa süreli hapis cezasının, adlî para cezasına çevrilmesi seçenek yaptırımının, TCK’nın 52. maddesine göre hükmolunacak adlî para cezasından farklılığını gösteren örnekler olarak düşünölmeye değerdir.

⁷¹⁷ “Sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nın 86/2. maddesinde belirtilen seçimlik cezalardan tercih edilen hapis cezasının, aynı Kanunun 50/2. maddesi uyarınca paraya çevrilemeyeceğı belirtilmiş ise de, aynı maddenin 3. fıkrası ‘belirtilen fiili işlediğı tarihte 18 yaşını doldurmamış bulunanların mahkûm edildikleri bir yıl veya daha az süreli hapis cezası birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir’ hükmüne göre, 18 yaşından küçükler için paraya çevirme yasağının, seçimlik ceza öngören suçlardan dolayı tayin olunan bir yıl üzerindeki hürriyeti bağlayıcı cezaları kapsadığı anlaşılmakla, suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanık hakkında sonuç olarak hükmolunan 2 ay 6 gün hapis cezasının 5237 Sayılı TCK’nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” 2. CD, 29.01.2007 gün, 7815/933 (YALVAÇ, s. 386); Benzer nitelikte başka kararlar için bkz: 2. CD, 29.01.2007 gün, 7279/929 (YALVAÇ, s. 386); 2. CD., 20.02.2007 gün 10379/2283 (EROL, 2357 Sayılı TCK Cilt I, s.683); 2. CD, 13.11.2006 gün, 9433/18176 (www.cigm.adalet.gov.tr) (erişim: 16.06.2009); 2. CD., 20.02.2007 gün 10376/2283 (METİNER/KOÇ, s. 1535); 2. CD., 15.01.2007 gün, 6010/85 (METİNER/KOÇ, s. 1538); 2. CD., 30.04.2007 gün, 2606/5920 (METİNER/KOÇ, s. 1533), aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s.1142-1143.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SEÇENEK YAPTIRIMIN SONUÇLARI

Ş1. SEÇENEK YAPTIRIMA HÜKMETMENİN UYGULAMADA SONUÇLARI

TCK'nın 50/5. maddesi gereğince, “uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”.

Madde gerekçesinde, “...hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbire (seçenek yaptırım olarak anlaşılmalıdır) çevrilmesindeki esas amaç göz önünde tutularak, asıl mahkûmiyetin artık çevrilen adlî para cezası veya tedbir (seçenek yaptırım) olduğu belirtilmiş, böylece gerek cezanın ertelenmesi gerek tekerrür açılarından hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine verilmiş olan para cezasına veya tedbire (seçenek yaptırıma) itibar olunması sağlanmıştır” demek suretiyle maddenin konuluş amacı gösterilmektedir.

Bu madde, 13.07.1965 gün ve 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinin 4. fıkrasına karşılık gelmektedir. Zira, bu maddeye göre, “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” biçimindeydi.

647 Sayılı İnfaz Kanunun, 4/4. maddesi hükmü, 765 Sayılı TCK'nın uygulanması sırasında özellikle tekerrür ve erteleme hükümleri bakımından son derece önemli idi. Çünkü, esas itibarıyla önceki mahkûmiyetin hapis cezası olup olmasının tekerrür ve erteleme hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması bakımından bir önemi bulunmaktaydı.

TCK açısından da, TCK 50/5. maddesindeki düzenleme de, erteleme ve tekerrürde kendisini gösterir⁷¹⁸. Bunun yanı sıra, seçenek yaptırıma hükmolunmasının uygulamada sonucu olarak ele alınması gereken iki husus daha vardır ki bunlar da; hak yoksunluklarının doğup doğmayacağı meselesi ile özel hukuk tüzel kişinin organ ve temsilcileri hakkında hükmolunacak seçenek yaptırımların, tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbirlerine etkisinin nasıl olacağına ilişkindir.

⁷¹⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1134.

I. ERTELEME HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ

TCK'nın 51. maddesi gereğince, ancak iki yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ertelenebilir. Bu iki yıllık süre fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmayanlar veya altmış beş yaşını bitirmiş kişiler bakımından üç yıldır. Ancak erteleme kararının verilebilmesi için suçlunun daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir. Bu şartın yanı sıra, ayrıca suçlunun, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. Görüldüğü üzere, 51. madde gereğince, hapis cezasının ertelenebilmesi için suçlunun daha önceki bir kasıtlı suçundan dolayı, üç aydan daha fazla bir hapis cezasının bulunmaması gerekmektedir. Bu nedenle, önceki mahkûmiyetinin uygulamada hangi hukukî nitelikte olduğunun açıkça belli olması gerekir. Bu nedenle, önceki mahkûmiyet eğer hapis cezasından çevrili bir adlî para cezası veya 50. madde gereğince hükmolunan diğer bir seçenek yaptırım ise, ceza, 51 madde gereğince ertelenebilecek, yok eğer ceza, bir hapis cezası ise ve üç aydan fazla süreli ise, o zaman yeni suçundan dolayı hükmolunacak hapis cezası, ertelenemeyecek demektir⁷¹⁹.

II. TEKERRÜR HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ

Tekerrür açısından konu ileride Seçenek Yaptırımlarda Tekerrür Bölümünde⁷²⁰ ayrıntılı olarak ele alınmakla birlikte, burada TCK m. 58/1-2. fıkraları dikkate alındığında kısaca TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezanın

⁷¹⁹ "...cezanın ertelenmesi ve tekerrür bakımından önceki mahkûmiyetin hapis cezası değil, çevrilen adlî para cezası veya tedbir olduğu kabul edilir. Önceki hükümlülük adlî para cezası ya da tedbir sayıldığı için, bundan sonra hükmolunan kısa süreli hapis cezası zorunlu olarak adlî para cezası veya tedbirlerden birine çevrilir (TCK m. 50/3)" ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.875; "...failin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmiş ve bu cezasının yürürlükten kaldırılan 647 Sayılı İnfaz Kanunun 4 veya TCK'nın 50'inci maddesine istinaden adlî para cezasına çevrilmiş olması halinde, verilecek yeni cezanın ertelenmesi mümkündür" 8.CD, 08.02.1996 gün, 1996/1711 Sayılı Kararı (YKD, Temmuz 1996, s.1168) ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s. 613; "...Önceki hükümlüğü, para ya da hapisten çevrilen para cezası ise bu ertelemeye engellemez" CGK, 14.11.1995 gün, 4-305/537 (YAŞAR, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000, s.1360) ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 901.

⁷²⁰ Bknz: Seçenek Yaptırımlarda Tekerrür.

da TCK'nın 52 maddesi gereğince doğrudan hükmolunan adlî para cezasında olduğu gibi tekerrüre esas alınacağını, bunun dışındaki seçenek yaptırımların (TCK m. 50/1b, c, d, e, f) ise tekerrüre esas alınamayacağı belirtilmekle yetinilecektir.

III. HAK YOKSUNLUKLARI BAKIMINDAN ETKİSİ

TCK'nın 50/5. maddesi gereğince; Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir (aslında seçenek yaptırımdır şeklinde anlaşılmalıdır) denildiği için ve kanaatimizce, seçenek yaptırım bir ceza olduğundan, bu maddede yazılı adlî para cezası veya diğer seçeneklerden birine hükmolunduğu zaman, bu mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak hak yoksunluklarına da hükmolunmasının gerekip gerekmediğinin tartışılması gerekir. Zira, TCK'nın 53. maddesine göre⁷²¹ kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı, hapis cezasına mahkûmiyetinin, kanuni sonucu olarak, bazı haklarını kullanmaktan yoksun bırakılabilir⁷²². Her ne kadar, Kanun bunları hak yoksunluğu olarak tanımlamakta ise de, esas itibarıyla, bunlar, ceza hukukunun ferî ceza olarak tanımladığı ve güvenlik tedbirlerinden farklı nitelikte gördüğü cezaî yaptırımlardır⁷²³.

⁷²¹ TCK'nın 53. maddesine göre; “(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, bu kapsamda TBMM üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet ve kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya deneticisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.

(2) Kişi işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşının doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

⁷²² Hak yoksunluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: TURHAN, s. 172-196

⁷²³ “Nitekim Yargıtay verdiği karar ile TCK'nın 53 maddesinde yer alan tüm yoksunlukları ek veya ferî ceza olarak anlamaktadır” (TURHAN, s. 174, dp. 12); “765 sayılı Yasanın 20,25, 31, 33, 34. ve 35. maddelerinde düzenlenen hak mahrumiyetleri ‘belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma’ başlığı

Bu nedenle, maddenin açık anlatımı karşısında, TCK'nın 53/1-4. maddesinde yazılı hak yoksunlukları, ancak, kendisine “hapis cezası” verilen kimseler hakkında, uygulanabilecektir⁷²⁴.

TCK'nın 53/4. maddesi gereğince, kısa süreli hapis cezası ertelenen veya fiili işlediği zaman onsekiz yaşının doldurmamış bulunan kişiler hakkında hak yoksunluğuna hükmolunmayacaktır.

TCK'nın 53. maddesinin 5. fıkrasında ise; birinci fıkrada belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla, hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklanma ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/5).

TCK'nın 53/5. maddesi metninden de anlaşılacağı üzere; hak yoksunluğu hapis cezası ve ancak seçenек yaptırımlardan adlî para cezasına hükmolunması durumunda söz konusu olabilir. Diğer seçenек yaptırımlardan bahsedilmediği için, 50. maddede yazılı, adlî para cezası seçenек yaptırım dışındaki seçenек yaptırımlara hükmolunması durumunda, hak yoksunluğu söz konusu olmayacaktır⁷²⁵.

altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olup, esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ek-ferî ceza niteliği taşımaktadır” CGK, 14.02.2006 gün, 13-16 Sayılı Kararı, (YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:8, Eylül 2006, s.32-47, s.38), nakleden: TURHAN, s. 174, dp. 12.

⁷²⁴ “Kapsam ve koşulları TCK'nın 53/1-4. maddesinde düzenlenmiş bulunan hak yoksunlukları hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak kendiliğinden sonuç doğurmaktadır. Bu hak yoksunlukları kasden işlenmiş herhangi bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm olmanın otomatik sonucudur. Mahkemece ayrıca hükmedilmesi gerekli değildir” TURHAN, s. 174.

⁷²⁵ “TCK'nın 53/5. maddesinde yazılı hak yoksunluğu, TCK'nın 53/1 maddesinde yazılı hak yoksunluklarından birçok bakımından ayrılmaktadır. TCK'nın 53/5. maddesindeki hak yoksunluğu bakımından; buna mahkemece hükmolunması, ve süresinin mahkemece belirtilmesi dışında, burada sadece kötüye kullanılan hak ve yetkinin yasaklanması, sadece hapis cezasına mahkûmiyet halinde değil, para cezasına mahkûmiyet halinde de yasaklamaya hükmedilmek zorunda olması ve nihayet hükmedilen cezanın infazından sonra sürenin başlaması olarak belirtilebilir” TURHAN, s. 183.

Nitekim, Yargıtay verdiği karar ile, sanık aleyhine kamuya yararlı işte çalıştırılma seçenek yaptırımına hükmolunması durumunda, ayrıca hak yoksunluğuna hükmolunmayacağına karar vermiştir⁷²⁶.

TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrası hak yoksunluğunun kural olarak ancak hapis cezasına mahkûmiyet halinde söz konusu olabileceğini düzenlemiş, 4. fıkra ise hak yoksunluğunun mümkün olamayacağı durumlar gösterilmiştir. Buna göre, kısa süreli hapis cezası (yani 49. maddeye göre bir yıl ve daha az süreli hapis cezası) ertelenen kimse ile suçu işlediği sırada onsekiz yaşından küçük olanlar hakkında hak yoksunluğuna hükmolunamaz. 5. fıkra gereğince ise, ancak 1.fıkra gösterilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar için hapis ve adlî para cezası seçenek yaptırıma hükmolunmuş ise hak yoksunluğu söz konusu edilebilecektir⁷²⁷.

Bunun dışında, verilen kısa süreli hapis cezası yerine bir başka seçenek yaptırıma hükmolunması durumunda, hükümlü hakkında hak yoksunluğuna hükmolunamaz.

Burada verilecek ceza önem arz etmekte olup, adlî para cezası dışında bir başka seçenek yaptırıma hükmolunmasına sebebiyet veren eylemin birinci fıkra belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olmasının bir önemi yoktur.

Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; bir kimse TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrası (b) bendi gereğince seçme veya seçilme ehliyetinden ya da diğer bir siyasi hakkını kullanması nedeniyle işlediği bir eyleminden dolayı mesela 8 ay süreyle hapis cezasına mahkûm edilmiş ise ve bu cezası ertelenmemiş ise, TCK'nın 53/5. maddesi 1.

⁷²⁶ “5237 Sayılı Kanunun 50/5. maddesinde yer alan ‘uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir’ hükmü karşısında, 5237 Sayılı Kanun’un 53.maddesine göre belli haklardan yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için, kişi hakkında, hapis cezasına hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, hapis cezaları gönüllü olmak koşuluyla, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaları seçenek yaptırımına çevrilen sanıklar hakkında, aynı Kanun’ un 53/1 maddesinde belirtilen hak yoksunluklarına hükmedilmesinde isabet bulunmamaktadır.” 2. CD, 28.01.2009 gün, 14026/1063; “5237 Sayılı TCY’nın 50/5 maddesi hükmü gereğince aynı Yasanın 53. maddesinde öngörülen hak yoksunluklarına hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesi kanuna aykırıdır” 4. CD., 18.10.2006 gün, 5646/15361 (METİNER/KOÇ, s. 1544).

⁷²⁷ TCK’nın 53/5. maddesinin uygulanması şartları: “Kasden işlenmiş suç, hapis veya adlî para cezasına mahkûmiyet, suçun TCK’nın 53/1’de sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olması ve hak yoksunluğunun hükümde açıkça belirtilmesi” şeklinde ifade edilebilir. TURHAN, s. 184-186.

cümlesi hükmü gereğince, 8 ay hapis cezasının yarısı olan 4 ay veya iki katı olan 16 ay (1 yıl 4 ay) süreyle cezanın infazından sonra işlemek üzere, hak yoksunluğuna yani siyasi haklarını kullanmaktan yasaklanmasına karar verilebilir. Bu şahsın aldığı, 8 ay hapis cezasının 51. madde gereğince ertelenmesi durumunda TCK'nın 53/4. maddesi gereğince hak yoksunluğuna tabi tutulamayacaktır. Ancak, bu şahsın hapis cezası kısa süreli olduğu için (TCK m. 49) ertelemeye tabi olduğu gibi, ayrıca TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince adlî para cezası seçenек yaptırımına da çevrilebilir. Bu cezanın adlî para cezasına çevrilmesi TCK'nın 52 maddesi gereğince her günü 20 ila 100 lira arasında, suçlunun ekonomik ve diğer şahsî halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecek ve örneğin, her günü 20 Türk Lirası olmak üzere, toplam olarak 480 TL (8 ay = 240 gün X 20 TL = 480 TL) adlî para cezasına hükmolunacaktır. Böyle bir durumda, 50/5. ikinci cümle gereği: suç, siyasi bir hakkın kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş ise, hükmolunan ceza, adlî para cezası seçenек yaptırımı olduğundan, kişi aleyhine hak yoksunluğuna da karar verilecek ve adlî para cezasına esas teşkil eden 8 ay hapis cezasının yarısı olan 4 ay veya 8 ay hapis cezasının bir katı olan 16 ay (1 yıl 4 ay) süreyle, siyasi haklarını kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilecek ve bu hak yoksunluğu süresi, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlayacaktır.

Ancak şunun da açıklığı kavuşturulması gerekir ki, adlî para cezasının bir seçenек yaptırım olarak uygulandığı durumlarda, suçun belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanımı suretiyle işlenmiş olması durumunda, hak yoksunluğuna hükmolunması mümkün olduğu gibi, hiç kuşku yok ki eyleme ilişkin yasa maddesinde, adlî para cezasının bir yaptırım seçeneği olarak bulunması durumunda da, eğer hükümlüye adlî para cezası verilmiş ise, işlenen suç ile belirtilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması arasında illiyet bağının bulunması durumunda, yine hak yoksunluğuna karar verilir. Bir başka anlatımla, hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için, adlî para cezasına hükmolunması yeterli olup, bunun doğrudan doğruya adlî para cezası olmasıyla (TCK m. 52), kısa süreli bir hapis cezasından çevrilen adlî para seçenек yaptırımı (TCK m. 50/1-a) olması arasında, bir fark, bulunmamaktadır. Zira, madde

gerekçesinde belirtildiği üzere, bu durumda, mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı, bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır⁷²⁸.

Sonuç olarak şunu söylemek gerekir ki : Seçenek yaptırıma mahkûmiyet halinde, ancak seçenek yaptırımlardan adlî para cezasına (TCK m. 50/1-a) hükmolunmuş ise ve yoksun bırakılmaya konu hak ve yetkilerden (m. 53/1) birinin kötüye kullanılması suretiyle bir suç işlenmiş olması durumunda, hükmolunan adlî para cezasının belirlenmesinde esas teşkil eden hapis cezasının yarısından bir katına kadar bir süreyle belirtilen hak veya yetkinin kullanılmasından yasaklanmaya karar verilir.

Kanun koyucu esas itibariyle ancak hapis cezasına mahkûmiyet halinde hak yoksunluğu güvenlik tedbirine başvurulmasını düzenlemektedir. Bunun yanı sıra adlî para cezasına hükmolunması durumunda da hak yoksunluğuna karar verilmesi gerektiğini belirlemekle, diğer seçenek yaptırımlarda, hak yoksunluğuna başvurulmasını istememektedir. Yani verilen kısa süreli hapis cezası, adlî para cezası seçenek yaptırım dışında, hangi seçenek yaptırıma çevrilmiş olursa olsun, artık (Kanunun tanımlamasıyla) bir güvenlik tedbiri, (ceza hukuku bakımından bir fer'i ceza) niteliğindeki hak yoksunluğuna karar verilemez. Bu seçenek yaptırımın birer ceza olup olması ile alakalı değildir. Seçenek yaptırımlar birer ceza olmakla birlikte, bu cezaların şiddetini de dikkate alan kanun koyucu, artık bu cezalar yanında, sanığa hak yoksunluğu cezası (fer'i ceza) verilmesini uygun görmemektedir. Oysa, hukuken seçenek yaptırımdan sonra, yani bu tür bir cezaya mahkûm edilen bir kimseye, pek tabidir ki, ayrıca hak yoksunluğu güvenlik tedbiri uygulanabilirdi. Esas itibariyle, bunu engelleyen bir hukukî imkansızlık bulunmamaktadır. Bu tamamen hangi tür mahkûmiyetlere hangi tür hak yoksunluğunun (fer'i cezanın) uygulanması gerektiği sorusu ile alakalıdır ve bunu yasa koyucunun bir tercihi olarak anlamak gerekir. Kaldı ki böyle bir düzenleme 53/4'de bulunan düzenleme ile de paralel bir düzenlemedir. Çünkü bu fıkra da hak yoksunluğunun mümkün olamayacağı durumlar gösterilmiş olup, kısa süreli hapis cezası (yani 49. maddeye göre

⁷²⁸ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı. 53. madde 5. fıkra gerekçesi ise aynen şöyledir : “Maddenin beşinci fıkrasında, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar dolayısıyla mahkûmiyet halinde, mahkûm olunan cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca hükmedilmesi öngörülmüştür. Bu durumda mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı

bir yıl ve daha az süreli hapis cezası) ertelenen kimse için de hak yoksunluğu söz konusu olmamaktadır.

Adli Para cezası seçenek yaptırımını için belli şartlar altında hak yoksunluğunun kabul edilmesi bile bu seçenek yaptırımının da bir güvenlik tedbiri değil ceza olduğunu göstermektedir. Çünkü, seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasının bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda, hakkında güvenlik tedbiri uygulanan biri için ayrıca güvenlik tedbiri uygulanması gibi garip bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Çünkü, TCK sistematigi içerisinde hak yoksunlukları bir güvenlik tedbiridir. Hak yoksunluğunun bir feri ceza olarak kabul edilmesi durumunda ise bu defa da hakkında adli para cezası seçenek yaptırımını gibi bir güvenlik tedbiri uygulanan için feri bir cezanın uygulanması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hakkında adli para cezası seçenek yaptırımını uygulanan biri için bir güvenlik tedbiri niteliğinde düzenlenmiş bulunan hak yoksunluğunun da uygulanabildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda, adli para cezası seçenek yaptırımının bir ceza olduğu ortaya çıkmaktadır.

IV. TÜZEL KİŞİ HAKKINDA UYGULANACAK GÜVENLİK TEDBİRLERİ BAKIMINDAN ETKİSİ

Tüzel kişilerin cezaî sorumluluğunun olabileceğini kabul eden ceza mevzuatları⁷²⁹ olduğu gibi bunun mümkün olamayacağını ifade edenler de bulunmaktadır⁷³⁰.

bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır”. Kanaatimizce, bu bir güvenlik tedbiri değil, tam anlamıyla bir fer’i ceza niteliğindedir.

⁷²⁹ 1994 tarihinde yürürlüğe konulan Yeni Fransız Ceza Kanunun 21/2 maddesine göre; devlet hariç olmak üzere tüzel kişiler, ceza kanunu ve kararnamelerde öngörülen hallerde organ veya temsilcileri tarafından kendi hesaplarına işlenen suçlardan dolayı sorumludur. YARSUVAT, Duygun, “Tüzel Kişilerin Cezai sorumluluğu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 897; İngiltere ve ABD’de ise, hukuk sistemlerinin bir özelliği olarak, tüzel kişilerin yetkili organları tarafından işlenen eylemler bakımından, tüzel kişilerin sorumluluğunun olması gerektiği mahkeme içtihatları ile kabul edilmektedir. SARITAŞ, Erkan, “Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 55-56; Konu hakkında bir düzenleme’de Corpus Juris’de bulunmaktadır. Avrupa Parlamentosu’nun (AP) görevlendirmesi ile üye devletlerin ceza hukuku uzmanlarının bir araya gelerek, “Avrupa Birliği’nin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Düzenlemelerinin Corpus Juris’i” isimli projeyi 1997 yılında tamamladıkları, üzerinde bir kısım çalışmaların yapılmasından sonra, bu çalışma, 30.09.1999 tarihinde Avrupa Parlamentosuna nihai rapor olarak sunulmuştur. Bu nihai

Türk Ceza Hukuku açısından; her ne kadar tüzel kişiler Kabahatler Kanunu gereğince idari nitelikteki para cezasına mahkûm edilebilir ise de⁷³¹, tüzel kişilerin, suç

rapor “Corpus Juris 2000” yada “Corpus Juris Florence” olarak da anılmaktadır. Corpus Juris’in hukuksal dayanağının ne olduğu ve bu düzenlemenin ulusal hukuklara nasıl yansıtılacağı hususu henüz açıklığa kavuşmuş değildir. Corpus Juris hem maddi ceza (m. 1-17) ve hem de ceza muhakemesi hukukuna ilişkin hükümler (m. 18-35) içermektedir. Maddi ceza hukukuna ilişkin hükümler içinde, ceza hukukunun genel hükümlerinin yanı sıra, Topluluğun finansal çıkarlarının ceza hukuku yönünden korunmasını amaçlayan bir kısım suçlara da yer verilmektedir. Corpus Juris’in tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin, 14.maddesine göre; “Madde 1-8 arasında öngörülen suçlar, eğer suç tüzel kişi veya dernek yararına organı, temsilcisi veya tüzel kişi veya dernek adına hareket eden veya yasal veya fiili karar yetkisi bulunan başkaca kişiler tarafından işlenmiş ise, tüzel kişiler ve kanuna göre hukuk süjesi ve kendine ait mal varlığı sahibi olabilen diğer dernekler tarafından da işlenebilir. Tüzel kişinin veya derneğin ceza sorumluluğu, gerçek kişinin aynı fiilin faili, azmettiren veya yardımcısı olarak cezalandırılmasını engellemez”. Görüldüğü üzere, burada tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için, fiilin tüzel kişiliğin yararına işlenmiş olması (isnadiyet ölçütü) ve tüzel kişinin organı veya temsilcisi tarafından işlenmiş olması aranmaktadır. ERDEM, Avrupa Birliği Hukuku, s. 168-182.

⁷³⁰ Danimarka CK’nın 25. paragrafına göre, bir tüzel kişi ancak CK’unda veya başka bir kanununda açıkça hüküm bulunması durumunda para cezası ile cezalandırılabilir. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 946; İsveç Ceza Hukukuna göre, ancak gerçek kişiler fail olabilir. Tüzel kişiler ve işletmeler hakkında yalnızca müsadere, genişletilmiş müsadere ve özellikle tazminat türünden işletme para cezası olmak üzere suçun diğer hukuksal sonuçlarına hükmolunabilir. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 964; Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olamayacağına ilişkin açık bir düzenleme 1995 tarihinde yürürlüğe giren yeni İspanyol CK’nın 129. maddesinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra, hüküm, açıkça hüküm bulunması durumunda tüzel kişiler hakkında yan sonuçlar hükmedilebileceğini ifade etmekte olup, bunlar; suçun önlenmesi amacıyla verilen, işletmenin geçici veya sürekli olarak kapatılması, ortaklığın dağıtılması, beş yıla kadar bir faaliyetin yasaklanması, suçla ilgili olan faaliyetin yasaklanması veya teşebbüsün işletilmesine müdahale edilmesi biçiminde olabilir. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 958; Polonya Ceza Hukuku mevzuatı da tüzel kişilerin cezaî sorumluluğunu kabul etmemektedir. Bu durum 1932, 1969 ve 1997 Tarihli Yeni Ceza Kanunları bakımından da aynı olup, yalnızca doktrinde, suç işlenmesinde tüzel kişilerin adının kullanılması ve ekonomik suçluluk açısından sorumluluklarının olması gerektiğinin savunulduğu bildirilmektedir. ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 993; Alman Ceza Hukukunda tüzel kişilerin cezaî ehliyetinin bulunmayışı, bu hukuk sisteminde egemen olan kusur ilkesi ile açıklanmaya çalışılmakta olup, bu ilke, Federal Mahkeme tarafından, kanunla yasaklanmış icrai veya ihmali bir hareketten dolayı kişisel sorumluluğu kabul edilmeyen bir kimsenin ceza ile karşılaşmasının hukuka aykırı olacağı biçiminde ifade edilmektedir. KANGAL, Zeynel, T., Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.73; İtalya’da, Anayasal bir hüküm olan ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi nedeniyle tüzel kişilerin sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. KANGAL, 79.

⁷³¹ Kabahatler Kanunun 43/A maddesi gereğince, tüzel kişiler aleyhine para cezasına hükmolunabilir. Ancak bu idari nitelikte bir yaptırım olup, Ceza Kanunu anlamında bir ceza (adli para cezası) değildir. Kabahatler Kanunun zikredilen maddesine göre; Daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 Sayılı TCK’nın;

1) 157.ve 158. maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,

2) 235.maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,

3) 236.maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

4) 252.maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,

5) 282.maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

b) 19.10.2005 Tarihli ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160.maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,

c) 21.03.2007 Tarihli ve 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

faili sayılmaları ve haklarında cezaî yaptırım uygulanması mümkün değildir (TCK m. 20/2). Faaliyetlerini temsilcileri aracılığı ile yürüten tüzel kişilerin, maddi bünyeleri ya da hareket yetenekleri var kabul edilemez. Bu nedenle, cezaî sorumluluk, suç teşkil eden eylemi icra eden gerçek kişiye ait olmalıdır⁷³². Bunun yanı sıra; “ceza, her zaman bir insanın bireysel kusuruna dayandırılmıştır. Societas delinquere non potest: Bu gelişen ceza hukukunun bireysel kusur isnadının temel ilkesi olmuştur.”⁷³³. Zira, Anayasaya göre, güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği⁷³⁴ kuralının gereği olarak, sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir.⁷³⁵ Bu husus, TCK’nın 60. maddesi gerekçesinde de açıkça dile getirilmektedir⁷³⁶. Sonuç olarak, TCK’nın 20. ve 60. maddeleri gereğince, Türk Hukuku açısından tüzel kişiler hakkında ceza hukuku anlamında cezaî yaptırım uygulanamaz ise de bunlar hakkında kanunun öngördüğü yerlerde ve gösterilen şartların oluşmasıyla verilen iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerine hükmolunması mümkündür. Bu anlatım ışığı altında; tüzel kişiler hakkında seçenek yaptırıma hükmolunamaz. Bu seçenek yaptırımların ceza olması ile alakalıdır. Çünkü, kendisine hapis cezası verilemeyecek olan bir tüzel kişiye, verilecek kısa süreli hapis cezasının, TCK’nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlara çevrilmesine de imkân bulunmamaktadır. Tüzel kişilere adlî para cezası verilmesinin kuramsal anlamda mümkün olduğu söylenebilir ise de, verilecek olan böyle bir adlî para cezası, bu durumda, doğrudan doğruya hükmolunan bir adlî para cezası niteliğinde olup, bu TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince, kısa süreli hapis cezasından çevrilen ve bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasından farklı olacaktır.

ç) 04.12.2003 Tarihli ve 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunun’un Ek 5.maddesinde tanımlanan suçun, d) 12.04.1991 Tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 8.maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun, tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

⁷³² ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuk Genel Hükümler, s. 439.

⁷³³ ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği, s. 69.

⁷³⁴ Ceza hukuku bakımından, birey ancak kendi iradesi ile dış dünyada meydana getirdiği değişiklikten sorumlu tutulabilir. Kişinin, doğanın yarattığı veya oluşumunu zorunlu kıldığı neticelerle üçüncü şahsın meydana getirdiği neticelerden sorumlu tutulmasını engellemek bakımından, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile doğrudan doğruya ilgili olan nedensellik bağının aranması gerekmektedir. Bu husus esas itibarıyla, ceza hukuku sorumluluğunun tamamen sübjektif sorumluluğa dayalı olması gerekliliğinin bir sonucu olmaktadır. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 362.

⁷³⁵ TANER, s. 294-298.

⁷³⁶ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

TCK'nın 50. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımlar ile TCK'nın 60 maddesinde düzenlenen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır.

TCK'nın 60. maddesine göre⁷³⁷; (1) Bir kamu kurumun verdiği izne dayalı olarak, faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir". Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise tüzel kişi aleyhine müsadereye hükmolunabilecektir. Aslında madde metninde yer alan "...organ veya temsilcilerinin...tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet" tabiri doğru değildir ve suçu işleyen organ veya temsilci olması gerektiğini açıklamaktan uzaktır. Ancak, yine de burada yer alan "işlenen" biçimindeki sözcüğün "işlediği" şeklinde anlaşılması gerekir.

Madde gerekçesine göre⁷³⁸, bunun için ilk koşul, özel hukuk tüzel kişisine, belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin olması, ikinci koşul ise, bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suçun işlenilmesi olarak gösterilmektedir. Burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir⁷³⁹. Bir başka anlatımla, işlenen suç ile verilen iznin kullanılması arasında bir ilgi, bir nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcilerinin, bu suçun işlenilmesine iştirak etmeleri gerekmektedir⁷⁴⁰. Böyle bir durumda, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisinin, kısa süreli bir hapis cezasına çarptırılması ve bu hapis cezasının da

⁷³⁷ TCK'nın 60. maddesi aynen şöyledir : "(1) Bir kamu kurumun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır".

⁷³⁸ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

⁷³⁹ Burada tüzel kişinin yararı maddi veya gayri maddi bir yarar olabilir. SARITAŞ, s. 72.

⁷⁴⁰ Tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi bakımından suç işleyen organ niteliğindeki gerçek kişilerin tamamının mı yoksa sadece birinin iştiraki ile suçun işlenmesinin yeterli olup olmayacağı yasanın anlatımından anlaşılmamaktadır. Tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için en azından suç işleyen gerçek kişi veya kişilerin tüzel kişiliği temsile ve irade açıklamasına yetkili ve sayı bakımından da buna yeterli olması gerekir. SARITAŞ, s. 71.

TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi durumunda TCK'nın 60. maddesi gereğince iznin iptaline ve gerektiğinde müsadereye karar verilmesi gerekir.

Tüzel kişi hapis cezasına çarptırılmaz ise de, organ veya temsilcilerinin hapis cezasına çarptırılmaları ve bu hapis cezasının kısa süreli (TCK m. 49) olması durumunda, bunun, TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür. Her ne kadar, TCK'nın 50/1 maddesi (c) bendinde yer alan bir eğitim kurumuna devam ile, (f) bendinde yer alan kamuya yararlı işte çalıştırma seçenek yaptırımların mahiyetleri gereği, bir tüzel kişi organı veya temsilcisi konumunda bulunan bir kimseye ceza olarak verilmesinin, hayatın olağan akışı ile uyumlu olmayacağı düşünülebilirse de, örneğin; TCK 50. madde 1 (a)'da yer alan adli para cezası, (b) bendinde bulunan mağdurun zararının tamamen giderilmesi, (d) bendinde yer alan belirli etkinliklerden yasaklanma, (e) bendinde bulunan belli bir meslek ve sanatı (ki mesele bu durumlarda özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi görevlerinde bulunmanın) yasaklanmasına karar verilebilir.

Özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcisi durumunda bulunan gerçek kişi için, hükmolunan kısa süreli hapis cezasının, belirtilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde, diğer yasal şartların da var olması koşuluyla bir engel bulunmamaktadır. Özellikle, işlenen suç ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın büyük boyutta olması durumlarında, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi durumunda bulunan sanığın, m. 50/1 (b) gereğince, zararın tamamen giderilmesi cezası ile cezalandırılmasının hakkaniyet ve cezanın etkinliğine daha uygun düşeceğini söylemek mümkündür.

Özetle ve kanaatimizce; Özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet (ki bu mahkûmiyet seçenek yaptırım ile mahkûmiyet de olabilir) halinde kamu kurumunun verdiği iznin iptaline karar verilir.

Böyle bir durumda tüzel kişi aleyhine müsadere güvenlik tedbirinin uygulanması da mümkündür. Çünkü, müsadere için zaten mahkûmiyet şartı aranmamaktadır⁷⁴¹.

Kanun koyucu, tüzel kişi aleyhine verilen iznin iptal edilebilmesi için, mahkûmiyeti yeterli görmektedir. Bu mahkûmiyetin türünün önemi yoktur. Organ veya temsilcinin işlediği kasıtlı suçu düzenleyen yasa maddesinde yer alan hapis cezası veya adlî para cezası ile cezalandırılması iznin iptali için yeterlidir. Aynı şekilde, verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmiş olması da iznin iptali için yeterli olacaktır. Zira, seçenek yaptırımlar birer cezadır ve kural olarak hakkında seçenek yaptırıma hükmolunan kimse cezalandırılmış demektir. Özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcinin seçenek yaptırım ile cezalandırılmasının bir sonucu olarak, tüzel kişi hakkında bir güvenlik tedbiri olarak tüzel kişiye verilmiş bulunan iznin iptal edilmesini ceza sonrası hükmolunan bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirmek gerekir. Ancak hiç kuşku yok ki bu husus yani (TCK m. 60) ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanabilecektir (TCK m. 60/4).

Ş2. SEÇENEK YAPTIRIM KARARLARINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLU

I. GENEL OLARAK

Seçenek yaptırımın yerine getirilmemesi durumunda, seçenek yaptırımın geri alınması (TCK m. 50/6, hapse tahvil) ile seçenek yaptırımın yerine getirilememesi durumunda değiştirilmesine (TCK m. 50/7) ilişkin kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolu esas itibarıyla bu konular ile birlikte ele alındığından, burada, sadece seçenek yaptırıma hükmolunması üzerine başvurulacak olan kanun yolu incelenecektir.

TCK'nın 50/5. maddesi gereğince “uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”.

⁷⁴¹ Burada, tüzel kişi aleyhine müsadereye hüküm edilebilmesi için, suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması, tüzel kişiye ait müsadere edilebilecek bir eşyanın bulunması, suçun kasten işlenmiş olması, eşyanın sahibi tüzel kişinin iyiniyetli olmaması yani tüzel kişiyi temsil eden iradenin eşyanın müsadereye tabi bir eşya olduğunu bilmemesi gerekmektedir. Bizatihi suç oluşturan eşya için bu şart aranmayacaktır. SARITAŞ, s. 76-77.

Madde gerekçesinde, “...hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbire (seçenek yaptırım olarak anlaşılmalıdır) çevrilmesindeki esas amaç göz önünde tutularak, asıl mahkûmiyetin artık çevrilen adlî para cezası veya tedbir (seçenek yaptırım) olduğu belirtilmiş, böylece gerek cezanın ertelenmesi gerek tekerrür açılarından hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine verilmiş olan para cezasına veya tedbire (seçenek yaptırıma) itibar olunması sağlanmıştır” demek suretiyle, maddenin konuluş amacı gösterilmektedir. Görüldüğü üzere, burada başvurulacak kanun yoluna ait bir ifade bulunmamaktadır. Çünkü, bu düzenleme, aslında, 13.07.1965 gün ve 647 Sayılı CİHK’nın 4. maddesinin 4. fıkrasını tam olarak karşılamamaktadır. Zira bu maddeye göre” uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” biçimindeydi. Ancak TCK m. 50/5 düzenlemesi içerisine “ bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” kısmı alınmamıştır. Onun için; 647 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde işlenen suçlar açısından, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi uygulanmak suretiyle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezalarının, anılan maddenin 4. fıkrasındaki “bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” hükmü gereğince, miktarına bakılmaksızın temyiz edilebilir olduğu kabul edilmişti.

II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE KANUN YOLU

Seçenek yaptırımlar, TCK m.50’de bir bütün halinde düzenlenmiş olup, hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesi de (m. 50/1-a) diğer bentlerdeki yazılı olanlar gibi bir seçenek yaptırımdır. Ancak, özellikle 01.03.2008 Tarihli 5739 Sayılı Kanun ile TCK’nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası ile TCK’nın 52. maddesi gereğince, doğrudan hükmolunan adlî para cezası arasında özellikle infaza ilişkin farklılıkların giderilmesi amacıyla yapılan değişiklik ve her iki tür adlî para cezası açısından da başvurulacak kanun yoluna ilişkin olarak

Yargıtay'ın verdiği karar dikkate alındığında⁷⁴², seçenek yaptırımlara ilişkin kanun yolunun seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası (TCK'nın 50/1-a) ile diğer seçenek yaptırımlara (TCK m. 50/1 b, c, d, e, f) ilişkin hükümler için ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Ancak yine belirtilmesi gerekir ki, aslında, seçenek yaptırımlar bir bütündür ve bu bütünlüğe uygun olarak kanun yolunun da hepsi için bir bütün halinde düzenlenmesi gerekirdi.

A. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımı (TCK m. 50/1-a) Açısından Kanun Yolu

Yukarıda da ifade edildiği gibi, 647 Sayılı Kanunun 4 maddesinde bulunan “Bu hükmün uygulanması, kanun yolarına başvurmada engel teşkil etmez” düzenlemesi TCK' na alınmadığı için⁷⁴³, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası seçenek yaptırımı açısından genel hükümlerin geçerli olması gerekir. Durum böyle olunca, kanun yoluna başvuru açısından da TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası ile TCK'nın 52. maddesi gereğince doğrudan hükmolunan adlî para cezası arasında bir fark olmaması gerekir. O zaman, adlî para cezasına ilişkin mahkûmiyetler için olağan kanun yolu olan temyiz edilebilirlik sınırı, her iki tür ceza için de geçerli olacak demektir. Nitekim, Yargıtay verdiği CGK kararı ile ve özellikle 5739 Sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra, her iki tür para cezası için de, kesinlik sınırının geçerli olması gerektiğini belirlemiştir⁷⁴⁴.

⁷⁴² Bu karara göre, “...5237 Sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca hükmedilen adlî para cezası açısından kesinlik sınırının uygulanması gerekir” CGK, 04.08.2008 gün, 8-62/75 (YKD, C:35, S:5, Mayıs 2009, s. 960-964).

⁷⁴³ “Bu madde hükmünün uygulanması kanun yoluna başvurulmasına engel değildir” yolundaki düzenleme TCK 1989 Öntasarısı'nın 61/5. ve TCK 1997 Öntasarısı'nın 62/5. maddesinde aynen yer aldığı halde, bu hüküm 5237 Sayılı Kanun Tasarısına ve Kanuna alınmamıştır.

⁷⁴⁴ “5739 Sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 01 Mart 2008 tarihinden önce, 5237 Sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırım olarak hükmedilen adlî para cezası ile 52.maddede öngörülen adlî para cezalarının farklı infaz yöntemlerine tabi kılınması ve 50. madde uyarınca hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde karşılığı olarak belirlenecek hapis cezasının infazının zorunlu olması nedeniyle, temyiz edilebilme koşulları yönünden bir ayırım yapılarak doğabilecek adaletsizliklerin önlenmesi bakımından temyiz edilebilir sayılmasının gerektiği savunulabilirse de, bu görüşün yasal dayanağı bulunmadığı gibi, yeni bir hüküm ihdas etme şeklindeki bu kabul yasa koyucuya ait bulunan yasama yetkisinin de gaspına yol açar. Kaldı ki Yasama erkince de bu sakıncalar 5739 Sayılı Yasa ile 5237 Sayılı Yasanın 50. maddesinin 6. fıkrası ve 5275 Sayılı Yasanın 106. maddelerinde yapılan değişikliklerle giderilmiştir. Bu itibarla 5237 Sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca hükmedilen adlî para cezası açısından

Sonuç olarak TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası, TCK'nın 52 maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası için de geçerli olan “adlî para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinde uygulanan kesinlik sınırının altında ise” temyiz edilemez. Bu sınırın üzerinde olması durumunda ise temyiz edilebilir nitelikte kabul edilecek demektir.

5320 Sayılı CMK'nın yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 8.maddesi uyarınca halen uygulama yeteneğine sahip bulunan 1412 Sayılı CMUK' nun 305. maddesi uyarınca, ikibin liraya kadar (ikibin TL dahil) para cezalarına dair olan hükümler ile yukarı sınırı onbin lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri ve yasalarda kesin olduğu belirtilen hükümlerin temyiz yeteneği bulunmamaktadır. Bu nedenle; TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da TCK'nın 52. maddesi gereğince doğrudan hükmolunan adlî para cezası gibi ikibin lirayı aşmıyorsa (ikibin TL) kesindir ve temyiz edilemez. Bunun üzerindeki her iki tür adlî para cezasını içeren mahkumiyet hükmü temyiz edilebilir⁷⁴⁵.

Yasal durum böyle olmakla birlikte, bunun doğru ve adil bir çözüm tarzı olduğu söylenemez. Aslında tüm bu karmaşaya sebep, adlî para cezası (TCK m. 52) ile bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası (TCK 50/1-a) arasındaki farklılığın görülmemesi, başlangıçta yaratılmış olan farklılığın giderilmesine çalışılırken, hata yapılmaya devam edilmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 106. maddesinde değişiklik yapılmış ve fakat maddenin 1.fıkrasında yazılı adlî para cezasının tanımının eksik kaldığı zira bu tanımın ancak TCK'nın 52. maddesi

kesinlik sınırının uygulanması gerekir” CGK, 08.04.2008 gün 8-62/75 (YKD, C:35, S:5, Mayıs 2009, s. 960-964).

⁷⁴⁵ “5237 Sayılı TCK'nın 50.maddesinin 5.fıkrasında uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası olduğunun belirtilmiş olması karşısında hükümden önce 21.07.2004 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 Sayılı Yasanın 3. maddesi ile CMUK'nun 305. maddesindeki temyiz sınırının 2 milyar liraya (ikibin TL olarak anlaşılmalıdır) çıkartılmış olması ve hükmolunan para cezasının miktarı karşısında kararın kesin olduğu” 9. CD., 11.12.2006 gün, 5771/7089 (METİNER/KOÇ, s. 1539); “Hükümden önce 21.07.2004 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5219 Sayılı Yasanın 3. maddesi ile CMUK'nun 305. maddesindeki temyiz sınırının 2 milyar liraya (ikibin TL olarak anlaşılmalıdır) çıkartılmış olması ve her bir suçu için hükmolunan para cezalarının miktarı, 5237 Sayılı TCK'nın 50/5. maddesi hükmü karşısında kararın kesin olması nedeniyle sanığın bu suçlara yönelen temyiz isteğinin CMUK'nun 317 maddesi gereğince reddine” 9. CD., 11.07.2007 gün, 5971/6223 (METİNER/KOÇ, s. 1527).

gereğince hükmedilen adli para cezasını tanımladığı. Kanunun 50/1 (a) maddesi gereğince hükmedilen seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasını tanımlamakta eksik kaldığı hususu göz ardı edilmiştir.

Türk Hukuku bakımından verilen her iki tür adli para cezası da (TCK m. 52. ve TCK m. 50/1-a) tekrüre esas alınabilecek niteliktedir (TCK m. 58/3).

Her iki tür adli para cezası da ödenmediği (hatta ne yazık ki ödenemediği takdir de bile) hapis cezasına çevrilebilmektedir (CGTİHK m. 106/3).

Adli para cezalarının (TCK m. 52 ve TCK m. 50/1-a) hapis cezasına çevrilmesinden sonra hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır (CGTİKK m. 106/9 son cümle). O zaman, her iki durumda da adli para cezasının belirli bir miktarı aşmaması durumunda temyiz edilemeyeceğinin kabulü gerekir ki, bunu, Yargıtay da böyle kabul etmektedir⁷⁴⁶. Ancak, bu, doğru ve adil bir çözüm tarzı olamaz. Çünkü; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün⁷⁴⁷, “Cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı” başlıklı 2. maddesine göre; “(1) Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir. (2) Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatına müteakip, bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir”.

Kunter/Yenisey'e göre; “Ek 7 Nolu Protokol yürürlüğe girmemiş ise de bu hukukun genel prensipleri olarak, yazılı olmayan hukuku oluşturmaktadır ve mahkemelerin, kanuna olduğu kadar hukuka da uygun karar vermeleri gerekir. Bu nedenle, kesinlik sınırı için; suç hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmemeli veya

⁷⁴⁶ Yukarıda ayrıntıları ile zikredilen Yargıtay kararı: CGK, 08.04.2008 gün 8-62/75 (YKD, C:35, S:5, Mayıs 2009, s. 960-964).

⁷⁴⁷ “Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalanan bu ek protokol, TBMM tarafından henüz onaylanmaması nedeniyle Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasa hükmü niteliği kazanmamıştır” CGK, 08.04.2008 gün 8-62/75 (YKD, C:35, S:5, Mayıs 2009, s. 960-964).

gerektirmiyor sayılmalı, ödenmeyen para cezası hapse çevrilememeli ve para cezası belirlenmiş bir sınırı aşmamalıdır”⁷⁴⁸ görüşünü, haklı bir biçimde dile getirmektedirler.

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, 1412 Sayılı CUMK 305/1. maddesi ile Bölge Adliye Mahkemeleri kurulduktan sonra bu hükmün yerini alacak olan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 273/3 (a) maddesinin, Anayasanın başlangıç ile 2, 5, 10, 11, 12, 13, 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu savıyla açılan dava nedeniyle verdiği kararında⁷⁴⁹; “...gerek 5237 Sayılı TCK’nın 50. maddesi uyarınca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenек olarak hükmedilen, gerekse aynı Yasanın 52. maddesi uyarınca doğrudan hükmedilen adlî para cezalarının miktar olarak ikibin TL yi aşmaması durumunda temyiz edilebilmelerine olanak bulunmamaktadır... bunun, doğrudan hükmedilen adlî para cezaları yönünden Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Buna karşılık, hapis cezasını gerektiren suçları ve dolayısıyla da bu suçlardan ötürü verilen adlî para cezalarını önemsiz olarak kabul etmek mümkün değildir. ...İtiraz konusu kuralla getirilen düzenlemenin hapis cezasından çevrili adlî para cezası bakımından adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayacağı açıktır. Diğer taraftan, hapisten çevrili para cezalarına ilişkin mahkûmiyet kararlarının mevzuatımızda hükümlü bakımından dolaylı olarak hak yoksunluğu sonucunu doğurabilecek suçlara ilişkin olması durumunda, sanıkların bu kararları temyiz edememesi hakkaniyete aykırı bir takım sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin; hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik veya güveni kötüye kullanma suçlarında, malın değerinin azlığı, etkin pişmanlık veya diğer indirim nedenlerinin uygulanması sonucunda, sonuç olarak hükmedilecek hapisten çevrili adlî para cezalarının temyiz edilebilirlik sınırının altında kalma olasılığı mevcuttur. Bu durumda, temyiz sınırının altında kalan hapisten çevrili bir adlî para cezasına mahkûm olan kişi devlet memuru olamayacak, milletvekili seçilemeyecek veya bir siyasi partiye üye olamayacaktır. Kişi hakkında böylesi ağır sonuçlar doğurabilecek bir suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet kararının önemsiz veya hafif saymaya olanak bulunmadığı gibi, korunan hukukî yarar ve yasa koyucuya tanınan takdir yetkisi birlikte

⁷⁴⁸ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12. Bası, s. 1157.

⁷⁴⁹ AY Mah.’nin 23.07.2009 gün ve 2006/65 esas ve 2009/114 Sayılı Kararı (RG: 07.10.2009 gün ve Sy. 27369). Karar için ayrıca bkz:

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?1=manage_karar&ref=show&action=karar&id= (erişim: 18.03.2010)

değerlendirildiğinde, söz konusu düzenlemenin adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmayacağını açıktır. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralla yalnızca sonuç olarak hükmedilen adlî para cezası esas alınarak, hapisten çevrili adli para cezalarının nitelikleri ve kişi bakımından sonuçları göz ardı edilerek, bunları da kapsayacak biçimde temyiz yoluna getirilen parasal sınır, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptaline" karar vermiştir. İptal edilen hükmün doğuracağı yasal boşluğun doldurulabilmesi bakımından iptal hükmünün kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmış olup, karar 07.10.2009 Tarihli RG'de yayımlanmakla, süre 07.10.2010 tarihinde dolmuş, iptal hükmü yürürlüğe girmiştir. Yasal koyucu, henüz bir düzenleme getirmiş değildir.

Anayasa mahkemesinin bu kararının doğru olduğunu söylemekle birlikte, kararda, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmedilen adlî para cezası seçenek yaptırımının, tam anlamıyla bir ceza olduğunun farkında olunmaması dikkat çekicidir. Çünkü, görüldüğü gibi bir seçenek yaptırım olarak hükmedilen adlî para cezası ile doğrudan doğruya hükmedilen adlî para cezası arasındaki farka vurgu yapılmakta, bunların farklılıkları dile getirilmektedir. Bu farklılıklar esas itibarıyla cezalar derecelendirilecek olursa aslında adlî para cezası seçenek yaptırımının doğrudan hükmolunan adlî para cezasından daha ağır bir ceza olmasından kaynaklanmaktadır. Seçenek yaptırım olarak adlî para cezası hapis cezası ile doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezası arasında bir yeredir.

Aslında, tüm bu karmaşaya sebebiyet veren, yine kanun koyucunun seçenek yaptırımların hukukî niteliğini göz önünde bulundurmamasından, bu yaptırımları açıkça bir ceza olarak tanımlama cabası içerisinde olmamasından kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce bundan sonra, Anayasa mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı ışığı altında, yeniden bir temyiz sınırı getirilmekle birlikte, TCK'nın 50/5. madde düzenlemesi içerisine “ bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” biçiminde bir yasal düzenlemenin getirilmesi gerekir. Böyle bir düzenleme ile doğrudan hükmedilen adlî para cezaları için bir temyiz sınırı getirilmiş olsa bile, seçenek yaptırım olarak hükmedilen (veya Anayasa mahkemesi kararında belirtildiği

biçimiyle hapisten çevrili adlî para cezası için) temyiz (Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde, istinaf) kanun yolu kapatılmamış olacaktır.

B.Diğer Seçenek Yaptırımlar (TCK m. 50/1 b, c, d, e, f) Bakımından Kanun Yolu

Adlî para cezası dışındaki diğer tüm seçenek yaptırımlar bakımından, bu seçenek yaptırımları içeren kararlar, temyiz edilebilir niteliktedir. Bu tür cezayı içeren mahkûmiyetler bakımından temyiz için bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Nitekim Yargıtay da, bu tür seçenek yaptırımları içeren kararların temyiz edilmesi üzerine, bunların temyiz edilemeyeceğine ilişkin bir açıklamada bulunmaksızın, kararları esastan incelemektedir.

§3. SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL)

I. SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL) ve DEĞİŞTİRİLMESİ TERİMLERİ

Birleşmiş Milletlerin 1990 Tarihli Hapis Dışı Tedbirler için Asgari Standartlar belirleyen ve Tokyo Kuralları olarak bilinen, Standart Asgari Kurallara göre “Suçlu tarafından uyulması gereken koşulların ihlali hapis dışı tedbirin değiştirilmesi ya da iptal edilmesi ile sonuçlanabilir. Ancak bir hapis dışı tedbirin yerine getirilmemesi, hapis tedbirinin otomatikman uygulanmasına yol açmamalıdır”⁷⁵⁰.

Türk Hukukunda yer alan seçenek yaptırımlar bakımından, hapis dışı tedbirin iptali, seçenek yaptırımdan dönülmesi (hapse tahvil), hapis dışı tedbirin değiştirilmesi ise seçenek yaptırımın değiştirilmesi, seçenek yaptırım yerine bir başka seçenek yaptırımın konulması biçiminde anlaşılmalıdır.

TCK’nın 50. maddesinde seçenek yaptırımdan dönülmesi, seçenek yaptırımın hapse tahvili veya seçenek yaptırımın iptal edilmesi gibi bir tanımlama

⁷⁵⁰ Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı, s. 193.

bulunmamaktadır. Yanlızca, m. 50/7’de. seçenek yaptırımın değiştirilmesi terimi kullanılmaktadır.

TCK’nın 50/6. maddesi gereğince, hükmün kesinleşmesinden sonra, Cumhuriyet başsavcılığınca yapılacak tebligata rağmen, otuz gün içerisinde tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilememesi halinde, hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının (ki burada kısa süreli hapis cezası denilmesi yanlış olup, bunun 50/4. madde yazılı taksirli suçlar için verilen hapis cezasının seçenek yaptırımına çevrilebileceğinin de göz önünde bulundurularak, sadece hapis cezası olarak adlandırılması gerekirdi⁷⁵¹) tamamen veya kısmen infazına karar verir biçimindeki anlatımı, “seçenek yaptırımdan dönülmesi (hapse tahvil)” olarak anlamak gerekir. Zira, burada daha önce hükmolunan seçenek yaptırımın geri alınarak, seçenek yaptırımın kendisine esas teşkil eden hapis cezasına dönülmektedir. Aslında, 50/7. maddesinde yer alan “seçenek yaptırımın değiştirilmesi” de bir anlamda seçenek yaptırımdan dönülmesi olarak anlaşılabilirse de, burada seçenek yaptırım tamamen kaldırılmamakta, daha önce karar altına alınan bir seçenek yaptırım hükümlünün elinde olmayan bir nedenden ötürü yerine getirilemediği için, mahkemece, bir başkası ile değiştirilmektedir, hapse geri dönülmemektedir. Bir başka anlatımla; seçenek yaptırımdan dönülmesi ile kast edilen seçenek yaptırımın cezası yerine, yeniden hapis cezasının konulması, seçenek yaptırımın yeniden hapis cezasına tahvil edilmesi, seçenek yaptırımın değiştirilmesi ile kasıt edilen ise, verilen seçenek yaptırımın yerine bir başka seçenek yaptırımın uygulanmaya konulmasıdır.

⁷⁵¹ Benzer görüş için bkz: “50 nci maddenin (4) ncü fıkrasında ‘taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkrasının (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir’ denmektedir. Aynı maddenin (6) ncü fıkrasında ise ‘...Seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp ta devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir’ hükmü yer almaktadır. Bu durum (4) ncü fıkra kapsamına giren hallerde yasal boşluğa neden olmaktadır. (6) ncü fıkrada ‘kısa süreli hapis cezası’ yerine ‘hapis cezası’ denmesi halinde maddedeki boşluk giderilmiş olacaktır” ONUR, İsmet, Türk Ceza Kanunu, Sulhi DÖNMEZER’e Armağan, C II, Ankara, Şubat 2008, s.1071.

II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE SEÇENEK YAPTIRIMDAN DÖNÜLMESİ (HAPSE TAHVİL)

01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, 5237 Sayılı TCK'nın 50/6. maddesi; "...seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir" şeklindeydi.

5739 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile, madde metninde yer alan "yaptırımın" ibaresi "tedbirin" şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddede yapılan değişiklik ile birlikte, 5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/4.⁷⁵² ve 106/9. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/9. maddesinde bulunan "Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere" ibaresi çıkartılmış ve 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁵³.

Bu değişikliklerin yapılmasındaki asıl gaye, TCK'nın 52. maddesi gereğince, verilen adlî para cezası ile TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince verilen seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası arasındaki infaz farklılıklarını gidermek, kısa süreli hapis cezasından çevrili adlî para cezasının, yapılan yasal tebligata rağmen ödenmemesi durumunda, değiştirilebilmesine, hakim kararı ile değil, Cumhuriyet savcılığınca yapılmasını sağlamaktır.

Bu değişiklik nedeniyle, adlî para cezası seçenek yaptırımının ödenmemesi durumunda yapılacak olan hapse tahvil işlemi artık TCK'nın 50/6. maddesi gereği değil ve fakat CGTİHK'nın 106/3. maddesi gereğince, Cumhuriyet başsavcılığınca

⁷⁵²CGTİHK'nın 106/4. fıkrası (5351 Sayılı kanunun 7. maddesi ile değ.) değişiklikten önce, "Çocuklar hakkında hükmedilen; adlî para cezası ile hapis cezasından çevrilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde; bu cezalar hapse çevrilemez.Bu takdirde on birinci fıkra hükmü uygulanır" şeklinde iken ; "Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde, bu ceza hapse çevrilemez, bu takdirde 106/11. fıkra uygulanır" biçimine getirilmiştir

⁷⁵³ İptal edilen CGTİHK'nın 106/10. maddesi ; "Türk Ceza Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adlî para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri saklıdır" şeklindeydi.

yapılacaktır. Bu nedenle “50/6. maddesinde yer alan “Kısa süreli hapis cezası” ifadesi böylece kendiliğinden doğru ve tutarlı bir anlama kavuşmuştur⁷⁵⁴.

Bu hususlar göz önünde bulundurularak; Seçenek yaptırımlardan dönülmesi (Hapse Tahvil) konusu, adlî para cezası seçenek yaptırımı bakımından (TCK m. 50/1-a) ve bunun dışında kalan diğer tüm seçenek yaptırımlar bakımından (TCK m. 50/1-b-c-d-e) olmak üzere iki ana başlık altında incelenmelidir.

A. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımından Dönülmesi

01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, 5237 Sayılı TCK’nın 50/6. maddesi gereğince “hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir” şeklindeydi. 5739 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile madde metninde yer alan “yaptırımın” ibaresi “tedbirin” şeklinde değiştirilmiş ve 5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile yapılan değişiklik ile 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106/9. maddesinde bulunan “Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere” ibaresi çıkartılmış ve 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106/10. maddesi

⁷⁵⁴ Madde metninde yer alan “kısa süreli hapis cezası” ifadesi dar kapsamlı olduğu için doğru değildi. Zira, ifade bu haliyle TCK’nın 50. maddesi 4. fıkrasında yer alan taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezasının “uzun süreli de olsa” diğer koşulların varlığı halinde TCK’nın 50. maddesinin 1. fıkrasında yer alan adlî para cezasına çevrilmesi halini kapsar nitelikte değildi. Bir başka anlatımla 4. fıkra gereği hükmolunan hapis cezası taksirli suçtan dolayı verilmiş ise, uzun süreli de olsa adlî para cezasına çevrilebileceğine ve bunun da ödenmemesi söz konusu olabileceğine göre, buradaki uzun süreli hapis cezasını da kapsayacak bir şekilde 6. fıkra “hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar” verir biçiminde yazılması gerekirdi. Madde metni hatalı bir şekilde kaleme alınmış, zira 4. fıkra da yer alan uzun süreli hapis cezasının da adlî para cezasına çevrilebileceğini göz ardı etmiş, madde gerekçesinde de “hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir” biçiminde kaleme alınmış, böylece aynı hata madde gerekçesinde de tekrar edilmişti. Buna karşın, bu eksikliğin farkına dahi varılmadan, 5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106/4. ve 106/9. maddesinde değişiklik yapılmıştır. 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106/9. maddesinde bulunan “Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere” ibaresi çıkartılmış, ve 5275 Sayılı CGTİHK’nın 106/10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır Bu değişiklik nedeniyle adlî para cezası seçenek yaptırımının ödenmemesi durumunda yapılacak olan hapse tahvil işlemi artık TCK’nın 50/6. maddesi gereği değil ve fakat CGTİHK’ un 106/3. maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılacağından “50/6. maddesinde yer alan “Kısa süreli hapis cezası” ifadesi (böylece kendiliğinden) doğru ve tutarlı bir anlama kavuşmuştur.

yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre; adlî para cezası seçenек yaptırımının hapse çevrilmesi, CGTİHK m. 106/2, 3, 4, 6. fıkralarına göre olacak, bu hapse tahvil kararının hukukî sonuçları bakımından ise aynı Kanunun 8, 9. ve 11. fıkraları uygulanacaktır. Çünkü, CGTİHK'nın 106/10. fıkrası yürürlükten kaldırılmadan önce, adlî para cezası seçenек yaptırımları bakımından, TCK'nın 50. maddesinin 6. ve 7. fıkralarındaki düzenlemelerin saklı olduğunu ifade etmekteydi. Adlî para cezası seçenек yaptırım için artık geçerli olmayacak olan bu düzenleme ise, diğer seçenек yaptırımlar bakımından incelenecektir.

Burada, zikredilmesi gereken bir eksiklik ise CGTİHK'nın 106. maddesinde yapılan değişikliktir. Zira, bu maddede gerekli değişiklik yapılmış ve TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan seçenек yaptırım niteliğindeki adlî para cezası, infaz bakımından bu maddeye taşınmış olmasına rağmen, 106. maddenin 1. fıkrasında yazılı adlî para cezasının tanımı değiştirilmemiştir. Çünkü, CGTİHK, m. 106/1 “Adlî para cezası TCK'nın 52 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir” demekle, eksik kalmaktadır. Buna göre, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, kısa süreli hapis cezasından çevrilmesi ile elde edilen adlî para cezası da bu anlamda bir adlî para cezası olduğuna göre, 106. maddenin 1. fıkrasının yeniden kaleme alınması ve adlî para cezası tanımı bunun geldiği kaynağa göre ifade edildiğine göre, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hapis cezası yerine hükmolunan adlî para cezasını da kapsar bir anlatımın kullanılması gerekmektedir.

1. Adlî Para Cezası Seçenек Yaptırımından Dönülmesinin Şartları

Adlî para cezası seçenек yaptırımından dönülmesinin şartları ile diğer seçenек yaptırımlardan dönülmesinin şartları esas itibariyle birbirine benzemektedir. Ancak, özellikle 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK'da yapılan değişikliktен sonra, şartların bulundukları yerler birbirinden farklı hale gelmiştir. Bu nedenle, bu şartların adlî para cezası seçenек yaptırımı için ayrı, bunun dışında kalan diğer seçenек yaptırımlar bakımından ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Adlî para cezası seçenek yaptırımından dönülmesi, yani bu seçenek yaptırımının tekrar hapis cezasına tahvil edilebilmesi için, adlî para cezası seçenek yaptırımına ilişkin kararın kesinleşmiş olması, Cumhuriyet savcılığınca seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasına ilişkin ödeme emrinin yerine getirilmesi için hükümlüye tebligat yapılmış olması ve otuz gün içerisinde paranın ödenmemiş olması gerekmektedir.

a. Kararın Kesinleşmiş Olması

Seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasına ilişkin karar kesinleşmeden, bu kararda yazılı olan seçenek yaptırımının yerine getirilmediğinden bahisle, adlî para cezası seçenek yaptırımı, yeniden hapis cezasına çevrilemez (seçenek yaptırım hapse tahvil edilemez). Çünkü; CGTİHK'nın 106. madde 2. fıkrası ilk cümlesine göre ; “Adlî para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir” biçimindedir. Seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasını içeren ilâm ile, doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezasını içeren ilâm, tüm ilâmlar gibi, kesinleşmedikleri sürece, infaza konulamazlar. Çünkü, ceza mahkemelerinden verilen kararlar, ancak, karar kesinleştikten sonra, infaz edilebilir⁷⁵⁵. Kesin hüküm, bir infaz şartı olarak mülga CMUK'nın 395. maddesinde düzenlendiği gibi, CGTİHK'nın 4. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre; “mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz”. Mahkumiyet hükmüne konu cezanın önemi yoktur. Bu nedenle, hapis cezaları gibi adlî para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümleri ve seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasını içeren hükümler de, kesinleşmedikçe infaz olunamaz.

⁷⁵⁵ KERN/ROXIN' e göre : “kesin hüküm kişisel özgürlük ve hukukî güvenlik amaçlarının her ikisini de bünyesinde barındırmaktadır, maddi kesin hüküm kurumu sanığın yararına, onun korunması için kabul edilmiş bir kurumdur. Bu nedenle uyuşmazlık hakkında esasa ilişkin bir karar verildikten ve bu karar kesinleştikten sonra sanık hakkında bir kovuşturma yapılamamaktadır. Bu demektir ki doğru bir karar varmak amacı yerini hukukî güvenlik ihtiyacına bırakır” KERN/ROXIN, Strafverfahrensrecht, München

b. Adli Para Cezasının Ödenmesi İçin Hükümlüye Tebligat Yapılması

Seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasının, hapse tahvil edilebilmesi için ikinci şart : CGTİHK'nın 106. maddesi 2. fıkrası 2. cümlesine göre; "Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ" etmiş olmalıdır.

CGTİHK'nın 20/3. maddesine göre; "Çağrı kağıdı, (bu seçenek yaptırım bakımından ödeme emri olarak anlaşılmalıdır) hükümde gösterilen adrese tebliğ edilir. Hükümlü adres değişikliklerini mahkemeye veya Cumhuriyet başsavcılığına bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde hükümde gösterilen adreste yapılan tebligat geçerlidir.

c. Ödemenin Otuz gün İçinde Yerine Getirilmemesi

CGTİHK'nın 106/3. maddesi gereğince; Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse..." diye belirtilen bu şart içindeki "belli süre" bir üst fıkra da zikredilen "otuz gün" dür.

Hükümlü, kendisine yapılan tebligatı aldığı günü izleyen günden itibaren hesaplanacak olan otuz gün içerisinde, ödeme emrinin gereğini yerine getirmiş olmalıdır. Hakkında verilen adli para cezası (seçenek yaptırımının) hapse tahvil edilebilmesi için, bu süre içerisinde, ödemede bulunulmamış olması gerekir. Ödeme taahhüdünde bulunulması, ya da ödeme yapılacağı hususunda kefil gösterilmesi gibi bir husus dikkate alınamaz. Ödemenin fiilen gerçekleştirilmesi gerekir ise de, bir başkası tarafından yapılacak ödemenin de kabul edilmesi gerekir⁷⁵⁶.

Hapse tahvil kararı verilebilmesi için, "ödememe" biçiminde beliren durumun, "kısmen veya tamamen ödememe" biçiminde olması mümkündür.

Eğer adli para cezasının tamamı ödenmemiş ise, adli para cezası seçenek yaptırımına konu hapsin tamamının infazı yönünde karar verilecektir. Adli para

1970, 10.Auflage, s.231- 232 ; SCHMIDT, Eb., Lehrommentar zur StPO, Göttingen, 1952, Tell.I, Nr. 266 nakleden: YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987, s. 7.

⁷⁵⁶ GÜNAY, Erhan, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.190-191.

cezasının kısmen ödenmiş olması durumunda ise⁷⁵⁷ CGTİHK'nın 106/3. maddesi gereğince ;“...ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir”.

2. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının Cumhuriyet Başsavcılığınca Hapis Cezasına Tahvili

TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan adli para cezası seçenek yaptırımı için, seçenek yaptırımın geri alınmasına karar verecek olan makam, 5739 Sayılı Kanun 5. maddesi ile CGTİHK'nın 106/4. ve 106/9. maddelerde yapılan değişiklik ve 106/10. hükmünün yürürlükten kaldırılmasından sonra mahkûmiyet hükmünü veren mahkeme yerine, artık hükmü infaz etmekte olan Cumhuriyet başsavcılığıdır⁷⁵⁸. Zira, 01.03.2008 tarihinde yapılan bu değişiklik ile seçenek yaptırım olarak hükmolunan adli para cezaları ile TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adli para cezasının, yapılan yasal tebligata rağmen ödenmemesi durumunda, hapse çevrilmesi açısından daha önce yaratılmış olan farklılık⁷⁵⁹ ortadan kaldırılmıştır.

TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan adli para cezasını içeren ödeme emrinin, ilgisine, ilâmda yazılı adresine tebliğ için gönderilmesinden sonra ve

⁷⁵⁷ Çünkü kısa süreli hapis cezası yerine TCK'nın 50/1-a maddesi gereğince hükmedilen adli para cezası da doğrudan doğruya hükmolunan diğer adli para cezaları gibi taksitlendirilebilir. CGK, 05.02.2008 gün ve 2008/18 (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384);

“5237 Sayılı TCY'nın 50/1a madde, fıkra ve bendi uyarınca kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezasının taksitlendirilmesine yasal engel bulunmamaktadır” CGK., 13.05.2008 gün, 63/108 (ŞİRİN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ/ÖZDEMİR/EREL, s. 121-123).

⁷⁵⁸ Zamanında ödenmeyen adli para cezasının hapse tahvil edilmesine bir başka örnek ise Alman ceza hukukudur: “Alman Hukukunda, savcılık hükmün kesintisiz bir şekilde icra edilmesini sağlamak yetkisine sahip bulunan makamdır (StPO 451). Alman Ceza Kanunun 43 ncü maddesinin 1 nci cümlesi uyarınca ödenmeyen para cezasının yerine yedek hürriyeti bağlayıcı ceza geçer. Bir günlük birim para cezası, bir gün hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşür. Fakat, yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesi, hükümlü için hakkaniyete aykırı bir ağır durum meydana getirecek ise, mahkeme para cezasından çevrilen yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmemesine karar verebilir (StPO 459 f)” JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.68.

⁷⁵⁹ Bu farklılıkların ayrıntıları için bkz: “Kısa süreli hapis cezasına çevrilen adli para cezasının yerine getirilmesine ya da seçenek yaptırımın değişmesine karar verileceği, buna karşın doğrudan tayin edilen adli para cezasının ödenmemesi halinde ise, ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği, seçenek yaptırımı olarak belirlenen adli para cezaları dışında adli para cezasına çevrilen hapsin infazının ertelenemeyeceği, infazda koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağı ve infazdaki bu farklılıklar nedeniyle içtimalarının da düzenlenmediği gözetilmelidir” CD, 01.11.2006 gün 6232/7864 (YKD, C.: 33, S.: 3 Mart 2007, s. 579 vd) ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 965.

30 günlük yasal süre içerisinde bunun ödenmemesi veya ödenmeye başlanılmış olup da, ödenecek taksitlerden birinin zamanında yatırılmaması durumunda, infazı yürütmekte olan yer Cumhuriyet başsavcılığı, seçenek yaptırım olarak hükmolunan adli para cezasını, ilâmda yazılı olan hapis cezasına tahvil edecek ve bunu hapis cezası olarak infaz etmek üzere hakkında yakalama müzekkeresi çıkartacaktır. Diğer seçenek yaptırımlarda olduğu gibi mahkemesinden karar alınması yoluna gitmeyecektir⁷⁶⁰. Buna ilişkin Yargıtay kararı da bulunmaktadır⁷⁶¹.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken en önemli hususlardan biri de, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, verilmiş adli para cezasına ilişkin seçenek yaptırımın, infazına başlanılmaması durumunda, bunun hapse çevrilmesine ilişkin kararın infaz Cumhuriyet başsavcılığınca verilmesi durumunda, bu karara karşı, ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecek olmasıdır. Çünkü TCK'nın 52. maddesi gereğince verilen adli para cezalarında olduğu gibi, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince verilen adli para cezası seçenek yaptırımının infaz edilememesi nedeniyle hapse çevirme kararı, bu durumda, hakim tarafından değil, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından verilmekte olduğu hususu göz önünde bulundurularak, bu durumda, ancak bir başsavcılık işlemine karşı başvurulacak kanun yollarının kullanılması gerekir. Her ne kadar daha önce tebliğ edilmiş bulunan ödeme emrinde, para cezasının ödenmemesi durumunda bunun hapse çevrileceği bildirilmiş ise de, hapse çevirme kararının da ayrıca hükümlüye tebliğ edilmesi gerekir. Çünkü hükümlüye hapse çevirmenin doğru bir şekilde yapılmadığını

⁷⁶⁰ Adli Para Cezasına İlişkin Seçenek Yaptırımın İnfazı ve özellikle suç tarihinin 01.03.2008 den sonra olması ile suç tarihinin CGTİHK yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden sonra ancak 01.03.2008 tarihinden önce olması durumları için daha önce ayrıntılı bilgi verilmiş olduğundan burada bu husus tekrar edilmemiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bakınız: Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımının İnfazı.

⁷⁶¹ “01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 Sayılı Kanun ile 5237 Sayılı Kanunun 50/6. maddesinde yer alan yaptırımın ibaresi tedbirin olarak değiştirilmiş, 5275 sayı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesinin 4. ve 9. fıkraları yeniden düzenlenmiş ve 10. fıkrası yürürlükten kaldırılmış olup, kanun değişikliğinin doğrudan hükmedilen ve hapisten çevrilen adli para cezalarının infazına ilişkin farklı rejimleri ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirildiği, adli para cezalarının tamamının bu değişiklikten sonra 5275 Sayılı Kanunun 106. maddesinde belirtilen yöntemine uygun biçimde infaz edileceği, bu değişiklikten sonra hapisten çevrilen adli para cezasının yerine getirilmemesi durumuna 5237 Sayılı Kanunun 50/6 maddesinin uygulanamayacağı, bir başka deyişle hükmü veren mahkemenin kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen çektirilmesine karar veremeyeceği gözetilmeden karar verilmesinin kanuna aykırı olduğu” 9.CD, 28.01.2009 gün, 14023/1064 (YKD, C: 35, S: 5, Mayıs 2009, s. 991-992).

iddia etmek ve böyle bir karara karşı yasal bir yol durumunda olan karara itiraz edebilmek imkânın tanınması gerekir⁷⁶².

3. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımının Hapse Tahvil Edilememesi (Hapse Tahvil Yasağı)

01.03.2008 gün ve 5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile değiştirilmeden önce CGTİHK'nın 106/4. maddesi; “Çocuklar hakkında hükmedilen; adlî para cezası ile hapis cezasından çevrilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez. Bu takdirde on birinci fıkra hükmü uygulanır” biçimindeydi⁷⁶³. Bahsedilen bu değişiklikten sonra; 106/4. madde; “Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde, bu ceza hapse çevrilemez, bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır” şekline dönüştürülmüştür. Görüldüğü üzere, maddede, esas itibariyle büyük bir değişiklik yapılmamıştır. Bu değişikliğin sebebi, seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası ile (TCK m. 50/1-a) doğrudan doğruya hükmolunan (TCK m. 52) adlî para cezası arasındaki infaz farklılıkları ortadan kaldırılmış olmakla, madde metninden “hapis cezasından çevrilen adlî para cezası” ibaresinin (yani bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının) çıkartılmasıdır.

Bahsedilen bu madde gereğince, çocuklar hakkında hükmolunan adlî para cezası (ki buna seçenek yaptırım niteliğinde olan yani hapis cezasından çevrili adlî para cezası da dahildir) ödenmediği takdirde, hapse tahvil edilemeyecektir. Nitekim buna ilişkin Yargıtay kararı bulunmaktadır⁷⁶⁴.

CGTİHK'nın 106. maddesi 4. fıkrası bu durumda, onbirinci fıkra hükmünün uygulanacağını ifade ettiğinden, hapse tahvili yapılamayacak olan bu ilâmda yazılı para

⁷⁶² Aksi görüş için bkz: “Hapse çevirme kararının ayrıca hükümlüye tebliği gerekmez. Çünkü daha önce tebliğ edilmiş ‘ödeme emri’ içerisinde bu durum hükümlüye bildirilip, uyarılmıştır” GÜNAY, s. 190.

⁷⁶³ Bu madde daha önce 2005 tarihinde, 5371 Sayılı Kanunun 7 nci maddesi ile değiştirilmiştir.

⁷⁶⁴ “01.03.2008 tarihli ve 26803 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5739 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 106. maddesi 4. fıkrasında yer alan ‘Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmemesi halinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır’ şeklindeki düzenleme karşısında, seçenek yaptırımı yerine getirmeyen çocuk suçlu hakkındaki tedbirin anılan maddenin 11. fıkrası uyarınca para cezasına çevrilmesi ve 6136 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre tahsil edilmesi için ilâmın mahallin en

cezasının tahsili için, ilâm, mahallin en büyük mal memuruna gönderilecek ve 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun hükümlerine göre para cezası tahsil olunacaktır.

Kanaatimizce, 106/4. maddesinde yapılan bu değişikliğe nazaran; madde, yine de bir yönüyle eksik kalmıştır. O da, hükümde çocuklar belirtildiği halde, 65 yaşından büyüklerin zikredilmemiş olmasıdır. Zira, 65 yaşından büyük olan hükümlüler için de adlî para cezasının ödenmemesi durumunda, hapse tahvil yasağının geçerli olması gerekirdi. Yapılacak bir yasal düzenleme ile bu kimselerin de madde kapsamı içerisine alınmasının daha uygun ve adil olacağı düşünülmektedir.

4. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımından Dönülmesinin (Hapse Tahvilin) Sonuçları

Seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının ödenmemesi nedeniyle bunun da diğer adlî para cezalarında olduğu gibi, Cumhuriyet başsavcılığınca hapse tahvil edilmesi üzerine, ortaya çıkan en önemli sonuç, artık, cezanın, bir hapis cezası olmasıdır. Ortaya çıkan bu hapis cezasının ise bir kısım özellikleri bulunmaktadır.

Konu ayrıntıları ile tartışılmadan önce 01.03.2008 tarihinde 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 106/9. maddesinde değişiklik yapılmadan önceki ve sonraki duruma ayrı ayrı bakmakta fayda vardır.

a. 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK m. 106/9'de Değişiklik Yapılmadan Önceki Durum

Buna göre; kısa süreli hapis cezasının, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince önce adlî para cezası seçenek yaptırımına çevrilmiş olması ve bunun kesinleşmesinden sonra Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp ta devam edilmemesi (yani hiç ödemede bulunulmaması veya bir kısım ödemeden sonra buna devam

büyük mal memurluğuna gönderilmesi gerektiği gözetilmeden karar verilmesi yasaya aykırıdır.” 2. CD,

edilmemesi) durumunda, hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının (ki taksirli suçlar için uzun süreli de olsa hapis cezasını kapsar nitelikte ve sadece hapis cezası olarak anlaşılmalıdır) tamamen veya kısmen infazına karar verilmiş olması durumunda, bu hapis cezasının niteliği hakkında, CGTİHK'nın Adli Para cezasının infazını düzenleyen 106. maddesinin 9. fıkrası incelemeye değerdir. Buna göre; "Türk Ceza Kanunun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverme hükümleri uygulanamaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır" şeklindeydi

Buna göre; özellikle, madde metninin karşıt anlamı (mefhum- u muhalifi) dikkate alınarak, seçenek yaptırım olarak adli para cezasının infaz edilememesi nedeniyle ve şartları gerçekleştiğinde, tekrar hapis cezasına çevrildiğinde, bu hapis cezasının, infazının ertelenip ertelenmeyeceği ve bu hapis cezasının infazında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ayrı ayrı tartışıldığında;

a) Adli para seçenek yaptırımından dönüştürülen hapis cezasının infazının ertelenebilir nitelikte olduğu⁷⁶⁵,

b) Adli para seçenek yaptırımından dönüştürülen hapis cezasının infazında koşullu salıverilme⁷⁶⁶ hükümlerinin uygulanabilir olduğu kabul edilmekteydi⁷⁶⁷.

11.11.2008 gün, 15582/18843 (<http://www.turkhukuksitesi.com>) (erişim: 16.06.2009)

⁷⁶⁵ Infazın ertelenmesi ise aynı Kanunun Üçüncü Bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle mesela bir seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasından çevrilen hapis cezasına mahkûm edilen biri için, CGTİK 17. maddesi gereğince hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesine karar verilebilmekte, oysa doğrudan doğruya adli para cezasına mahkûm edilmiş birinin bu para cezasının hapis cezasına çevrildiği (CGTİK 106. maddesi) durumlarda; bu hapis cezasının infazında erteleme hükümleri uygulanamamaktaydı.

⁷⁶⁶ Aynı şekilde, CGTİK 106/9. maddesi ilk cümlesi gereğince; adli para seçenek yaptırımından dönüştürülen hapis cezasının infazında koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanmaktaydı. (Koşullu salıverilme ise aynı Kanunun 107. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır).

⁷⁶⁷ Nitekim bu husus, Yargıtay tarafından da karara bağlanmıştı:

"5237 Sayılı Yasanın 50. maddesi kendi içerisinde bir sistemi oluşturduğundan, bu madde gereğince hükmedilmiş olan para cezalarının ödenmemesi halinde yapılacak işlem suç tarihi ne olursa olsun yine bu maddeye göre belirlenmeli ve para cezası 50. maddenin 6. fıkrası uyarınca hapse çevrilmelidir" CGK, 05.06.2007 gün 113/127 (YALVAÇ, s. 373-378), aynı karar için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1490-1498, ŞİRİN/AŞANER/GÜVEN/YALVAÇ/ÖZDEMİR/EREL, s. 128-134; "Kısa süreli hapis cezasına çevrilen adli para cezasının yerine getirilmesine ya da seçenek yaptırımın değişmesine karar verileceği, buna karşın doğrudan tayin edilen adli para cezasının ödenmemesi halinde ise, ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedileceği, seçenek yaptırımı olarak belirlenen adli para cezaları dışında adli para cezasına çevrilen hapsin infazının ertelenemeyeceği, infazda koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağı ve infazdaki bu farklılıklar nedeniyle içtimalarının da düzenlenmediği gözetilmelidir" CD, 01.11.2006 gün

Kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan ve bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası ile TCK'nın 52. maddesi gereğince doğrudan doğruya bir ceza olarak hükmolunan adlî para cezası arasındaki en önemli farklardan birisi kendisini burada göstermekteydi.

Adlî para cezası seçenek yaptırımından dönüştürülen hapis cezasının yukarıda belirtilen infaz sırasında infazının ertelenebilmesi ve koşullu salıverilme hükümlerine tabi tutulabilmesi, aslında, Kanun koyucunun doğrudan doğruya adlî para cezasına mahkûm edilen birinin, bu cezasını yerine getirmemesi veya bir başka anlatımla bu cezasının infazından kaçması durumunda, hapse çevrilmesinden sonra, bu hapis cezasının infazında farklı bir rejim istemesinden kaynaklanmaktaydı.

Kısa süreli bir hapis cezası yerine TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, kendisine, adlî para cezası seçenek yaptırım uygulanan birinin, bu adlî para cezasının yerine getirilmesinden kaçınması halinde ise, adlî para cezası, tekrar hapis cezasına çevrilmekte ve fakat bu hapis cezasının infazında, infazın ertelenmesi ve koşullu salıverilme hükümlerinden istifade etmesi sağlanmaktaydı. Bu, kendisine kısa süreli hapis cezası verilen birinin cezasının adlî para cezasına çevrilmesiyle, zaten başlangıçtan beri olması gereken infazın ertelenmesi ve koşullu salıverilme haklarının, ondan seçenek yaptırıma başvurulduğu için geri alınmaması için yapılmaktaydı ve bu son derece yerinde ve doğru bir uygulamaydı.

b. 5739 Sayılı Kanun ile CGTİHK m.106/9'de Değişiklik Yapıldıktan Sonraki Durum

5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile⁷⁶⁸; 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/9. maddesindeki; “Türk Ceza Kanunun 50. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere” ibaresi metinden çıkartıldığı için, Kanunun yürürlüğü girdiği 01.03.2008 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından artık TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince verilmiş bulunan seçenek ceza niteliğindeki adlî para cezası ile TCK'nın 52. maddesi

6232/7864 (YKD, C.:33, S.:3 Mart 2007, s. 579 vd) ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 965.

⁷⁶⁸ RG: 01.03.2008 gün ve Sy. 26803.

gereğince hükmolunan adlî para cezasının, Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan tebligata rağmen paranın ödenmemesi durumunda, adlî para cezasından dönülmesi veya bir başka anlatımla, adlî para cezasının başsavcılık tarafından tekrar hapse tahvil edilmesi nedeniyle oluşan bu hapis cezasının hukukî nitelikleri açısından artık bir fark bulunmamaktadır. Yani, artık her iki durumda da, oluşan yeni hapis cezasının, infazı için erteleme yapılamaz ve hükümlüler her iki halde de şartlı salıverilme hükümlerinden istifade ettirilemezler (CGTİHK m. 106/9)⁷⁶⁹. Buradaki hapis cezaları için, tazyik (icbar) hapsi uygulanacak yani her iki durumda da hükümlü, kalan hapis cezası için ödemede bulunmak isterse, bu kabul edilecek ve derhal salıverilecektir (CGTİHK m. 106/8). Buradaki her iki hâl için de artık tazyik hapsi uygulanması nedeniyle, hapis cezasına mahkûmiyete bağlı sonuçlar hükümlü bakımından doğmayacaktır⁷⁷⁰. Çünkü CGTİHK'nın 106/9. maddesinin son cümlesi gereğince; “Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adlî para cezası” olacaktır.

Adlî para cezasına mahkûm edilen ve bunu süresi içerisinde yatırmayan hükümlünün, bu seçenek ceza niteliğindeki cezasının hapse Cumhuriyet başsavcılığınca tahvil edilmiş olması, bu açıdan menfaatine olduğu düşünülürse, bu halin, diğer seçenek yaptırımlara çarptırılmış olanlar bakımından aleyhe yaratılmış bir farklılık olduğunu söylemek gerekir. Çünkü böylece, adlî para cezası seçenek yaptırım dışında diğer seçenek yaptırımlar ile mahkûm edilmiş olanların, kendilerine yapılan tebligata rağmen, seçenek yaptırımın infazına başlanılamaması durumunda, seçenek yaptırımların hapse mahkemece çevrilmesi halinde (TCK m. 50/6) oluşan hapis cezası bakımından hapis cezasının tüm kanuni sonuçları doğacaktır (TCK m. 50/5) ki, bu da, bu seçenek yaptırım ile mahkûm edilmiş bulunanlar bakımından oldukça ağır bir sonuç demektir.

Özetle söylemek gerekirse adlî para cezası seçenek yaptırımının diğer seçenek yaptırımlardan farklı bir duruma getirilmesi, aslında seçenek yaptırımlar arasında olması gereken bir bütünlüğü de ortadan kaldırmıştır.

⁷⁶⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1134; ZAFER, s. 383.

B. Adli Para Cezası Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımlardan Dönülmesi (Seçenek Yaptırımların Mahkemece Hapse Tahvil Edilmesi)

Adli para cezası seçenek yaptırımı dışında kalan diğer seçenek yaptırımların yerine getirilmemesi nedeniyle, mahkemece, seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesinin şartları, hapse tahvil edilmesinin usullü ve sonuçları ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

1. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımını Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımların Hapse Tahvil Edilmesinin Şartları

Adli para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımlar (TCK m. 50/1-b-c-d-e-f) bakımından seçenek yaptırımdan mahkeme kararı ile dönülmesi (mahkemece hapse tahvil edilmesinin) şartları; hükmün kesinleşmesi, Cumhuriyet başsavcılığınca seçenek yaptırımın yerine getirilmesi için tebligat yapılmış olması ve seçenek yaptırımın gereğinin otuz gün içinde yerine getirilmemesi olarak üç ana başlık altında incelenebilir

a. Hükmün Kesinleşmiş Olması

Hem adli para cezası seçenek yaptırımından (TCK m. 50/1-a) ve hem de bunun dışında kalan diğer tüm seçenek yaptırımlardan (TCK m. 50/1-b-c-d-e-f) dönülebilmesi (TCK m. 50/6) için, öncelikle, seçenek yaptırımını belirleyen hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Adli para cezası dışında kalan diğer tüm seçenek yaptırımlar için, bu şart, TCK'nın 50/6. maddesinin ilk cümlesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu fıkra göre; "hüküm kesinleştikten sonra,...yapılan tebligata rağmen,...hükmün infazına başlanılamaması halinde,...hükmü veren mahkeme...hapsin infazına karar verir" biçimindedir.

⁷⁷⁰ ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 596; ZAFER, s.383.

Bu nedenle, hüküm kesinleşmeden bu hüküm ile karar altına alınan seçenek yaptırımdan dönülmesinden de bahsedilemez. Çünkü ceza mahkemelerinden verilen kararlar ancak karar kesinleştikten sonra infaz edilebilir⁷⁷¹.

Kesin hüküm bir infaz şartı olarak mülga CMUK'nın 395. maddesinde düzenlendiği üzere, CGTİHK'nın 4. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre; “mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz”

Mahkumiyet hükmüne konu cezanın önemi yoktur. Bu nedenle hapis cezaları gibi adlî para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümleri ve seçenek yaptırımı içeren hükümler de kesinleşmedikçe infaz olunamaz. Bu seçenek yaptırımların ceza olma hukukî niteliğinden kaynaklanmaktadır. Tüm diğer cezalar gibi seçenek yaptırımlar da birer ceza olması hasebiyle ancak kesinleştikten sonra infaz edilebilirler.

TCK'nın 50/6. maddesi aslında olası bazı tereddütleri gidermek için seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılamaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkemece, hükümden dönülmek suretiyle kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilebilmesi (hapse tahvil kararı) için, hükmün kesinleşmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. Böyle bir hükmün kesinleşmesini beklemeksizin, seçenek yaptırımdan dönülerek, hapis cezasına başvurulması kişi hakkını derinden yaralayacağı için, kanun koyucu, seçenek yaptırımı belirleyen hükmün kesinleşmesine özel bir önem vermiş ve bunu açıkça düzenleme altına almış bulunmaktadır.

TCK'nın 50/6. maddesinde, yani seçenek yaptırımdan dönülerek tekrar hapis cezasına hükmolunabilmesi için, seçenek yaptırımı karar altına alan hükmün kesinleşmesini şart olarak ileri süren kanun koyucu, TCK'nın 50/7. maddesinde, seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırıma çevrilmesi için kararın kesinleşmesinin gerekip gerekmediğini göstermemektedir.

⁷⁷¹ KERN/ROXIN'e göre : “kesin hüküm kişisel özgürlük ve hukukî güvenlik amaçlarının her ikisini de bünyesinde barındırmaktadır, maddi kesin hüküm kurumu sanığın yararına, onun korunması için kabul edilmiş bir kurumdur. Bu nedenle uyuşmazlık hakkında esasa ilişkin bir karar verildikten ve bu karar kesinleştikten sonra sanık hakkında bir kovuşturma yapılamamaktadır. Bu demektir ki doğru bir karar varmak amacı yerini hukukî güvenlik ihtiyacına bırakır” KERN/ROXIN, Strafverfahrensrecht, München

b. Seçenek Yaptırımının Yerine Getirilmesi İçin Tebligat Yapılmış Olması

Cumhuriyet başsavcılığınca seçenek yaptırımının yerine getirilmesi için yapılan tebligat sonrası iki durum söz konusu olabilir. Bunlar: tebligatın yapılmış olmasına rağmen hükümlünün seçenek yaptırımının infazı için gelmemesi veya hükümlünün adres değişikliği, (adresten ayrılma) nedeniyle tebligatın yapılamaması durumlarıdır.

aa. Tebligatın Yapılmış Olmasına Rağmen Hükümlünün Gelmemesi

Adli para cezası seçenek yaptırımı dışında kalan diğer seçenek yaptırımlar bakımından konuyu düzenleyen TCK'nın 50/6. maddesinde "...Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen.." denildiği halde, tebligatın hangi adrese yapılacağını göstermemektedir. Aslında, kanaatimizce buradaki ibarenin "tebligata rağmen" değil "çağrıya rağmen" olması gerekir. Böylesi bir ibare CGTİHK'nın 20/3. maddesine daha uygun olur. Çünkü, olması gereken Cumhuriyet başsavcılığınca seçenek yaptırımının infazına başlamak üzere hükümlünün infaza davet edilmesi, infaza çağrılmasıdır. Bu infaza çağrıya rağmen, hükümlünün gelmemesi durumunda, seçenek yaptırımının yeniden hapse tahvil edilmesi söz konusu olabilir. Çağrı kağıdının, hükümlüye tebliğ edilmesinden sonra beklenilecek süre konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce burada CGTİHK'nın 19. maddesi gereğince 10 günlük süre uygulanmalıdır. Zira bu maddeye göre, çağrı kağıdının tebliğ üzerine, hükümlü 10 gün içerisinde gelmez ise yakalama müzekkeresi çıkarılacaktır. Ancak seçenek yaptırımının infazı için yakalama müzekkeresi çıkartılamayacağına göre tebliğ tarihinden itibaren 10 gün geçtikten sonra Cumhuriyet Başsavcılığının mahkemesinden, TCK'nın 50/6. maddesi gereğince seçenek yaptırımının hapse tahvil edilmesini istemesi gerekir⁷⁷².

1970, 10. Auflage, s. 231-232; SCHMIDT, Eb., Lehrkommentar zur StPO, Göttingen, 1952, Tell.I, Nr. 266 nakleden, YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, İstanbul 1987, s. 7.

⁷⁷² Uygulamada da, hükümlülere gönderilen "davetnamelerde": "kararın yerine getirilmesi için Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 40. maddesinin 1. fıkrası gereğince bu bildirimin size tebliği tarihinden itibaren 10 gün içerisinde, şube müdürlüğümüze başvurmanız

bb. Adres Değişikliği, (Ayrılma vs Nedeniyle) Tebligatın Yapılamaması

Burada tartışılması gereken önemli bir nokta, seçenek yaptırıma ilişkin hükmün infazı için yapılacak olan tebligatın sanığın karar yerinde yazılı olan adresine çıkarılmış olmasının yeterli olup olmadığıdır. Çünkü; adlî para cezası bakımından CGTİHK'nın 106/2. maddesi gereğince "...adlî para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emrinin" çıkartılması gerekmektedir. (Bu hüküm seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası bakımından da uygulanacaktır).

CGTİHK'nın 20/3. maddesi gereğince ; "Çağrı kağıdı, hükümde gösterilen adrese tebliğ edilir. Hükümlü, adres değişikliklerini mahkemeye veya Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde hükümde gösterilen adreste yapılan tebligat geçerlidir".

c. Seçenek Yaptırımın Gereğinin Otuz gün İçinde Yerine Getirilmemesi

Seçenek yaptırımın infazına otuz gün içerisinde başlanılamaması ile yaptırımın infazına başlanıp da devam edilememesi hali için, kanun koyucu aynı hukukî akıbeti belirlemiştir ki, bu da, hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilmesi ve bu kararın derhal uygulanmasıdır.

Seçenek yaptırımın gereğinin otuz gün içerisinde yerine getirilmesine başlanılamaması veya başlanılmış olup da devam edilememesi, mahkûmun serbest iradesine dayanmalıdır. Örneğin, mahkûm bu otuz günlük süre içerisinde, hükmolunan seçenek yaptırımın özelliğine göre mesela; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iadesi, suçtan önceki hale getirilmesi veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine mahkûm edilmiş ise, bu eylemlerinden birine başlamış olması ve bunu Cumhuriyet savcılığına göstermesi, ispat etmesi gerekir. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi tedbirinin (TCK m. 50/1-b) infazı, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/2. maddesinde düzenlenmiştir.

gerektiği, aksi takdirde bildirim uymamanız nedeniyle, seçenek yaptırımın geri alınması hususunda

aa. Seçenek Yaptırımın İnfazına Başlanılmaması

Seçenek yaptırımın infazına mahkûmun serbest iradesinin bir sonucu olarak hiç başlanılamaması durumunda, seçenek yaptırım hapis cezasına çevrilecektir.

bb. Seçenek Yaptırımın İnfazına Başlanıp da Devam Edilmemesi

Seçenek yaptırımın infazına başlanılmış olup da, bunun infazının tamamlanamaması mahkûmun iradî bir eylemine dayanmalıdır ve ayrıca mahkûmun, infazın tamamlanamamasında, meşru sayılabilecek bir mazeretinin bulunmaması gerekir. Örneğin; TCK'nın 50/1 (c) maddesi gereğince, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etmeye veya 50/1 (f) maddesi gereğince kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına mahkûm edilmiş bir kimsenin, ağır bir hastalığı veya yaralanması nedeniyle, eğitim kurumuna devam edememesi veya kamuya yararlı bir işte çalışmasına aynı veya benzer bir sebeple ara vermesi durumunda, seçenek yaptırımın başlanıp da devam edilmemesi durumu gerçekleşmiş sayılamaz. Mahkûmun hastalığını veya yaralanma durumunu belgeleyeceği bir doktor raporu sonrasında, infazın kaldığı yerden devam etmesi gerekir.

2. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımı Dışındaki Seçenek Yaptırımların Geri Alınmasına (Hapse Tahvile) Mahkemece Karar Verilmesi

Seçenek yaptırımın geri alınmasına karar verecek olan makam, adlî para cezası seçenek yaptırımı dışındaki seçenek yaptırımlar için, hükmünü veren mahkemedir (TCK m. 50/6).

Adlî para cezası seçenek yaptırımının yerine getirilmemesi nedeniyle, bu cezanın hapse tahviline karar veren Cumhuriyet Başsavcılığının, diğer seçenek yaptırımlar bakımından bu yetkisi yoktur. Adlî para cezası seçenek yaptırımı dışında kalan diğer tüm seçenek yaptırımların yerine getirilememesi üzerine, hapse tahvil kararı verilmesini,

mahkemesine bildirimde bulunulacağı” hususunda ihtar yazıldığı müşahade edilmektedir.

asıl hükmü veren yani seçenek yaptırıma hükmetmiş olan mahkemenin Cumhuriyet Başsavcılığı talep edilmesi gerekmektedir.

Seçenek yaptırımın geri alınmasına, hükmü veren mahkemenin karar vermesi gerekir. Bu, ceza hukukunda, karar verecek olan mahkemenin, delil ile doğrudan doğruya temas etmesi gerektiği yolundaki ilkeye dayanır. Hükümlü hakkında delilleri inceleyen ve onun hakkında karar veren mahkemenin, verdiği bu kararın değiştirilmesinde de etkin olması gerekir. Bu nedenle, seçenek yaptırımın geri alınması kararını, ilk kez seçenek yaptırıma hükmeden mahkemenin karar vermesi gerekir.

Hükümlünün, seçenek yaptırıma hükmeden mahkemenin bulunduğu yerden farklı bir yerde ikamet etmesi durumunda; hükmün infazı için, gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığı, seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesinin şartları gerçekleştiği takdirde, hükmü, kararı veren yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderecek ve hükmü veren yer Cumhuriyet başsavcılığı, hükmü veren mahkemenin hapse tahvil kararının verilmesinin talep edecektir.

Seçenek yaptırımdan dönülmesinin, yani seçenek yaptırımın gereğinin 30 gün içerisinde yerine getirilememesi ile seçenek yaptırımın infazına başlanıp devam edilememesi hâli için, kanun koyucu, aynı hukukî akıbeti belirlemiştir ki, bu da, hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilmesi ve bu kararın derhal uygulanmasıdır.

Burada, önemle açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir başka husus, infaz edilen seçenek yaptırım ile buna devam edilememesi durumunda, bunun çevrileceği hapis cezasının miktarının nasıl belirleneceğidir.

a. Hapis Cezasının Tamamen İnfazı

Seçenek yaptırım yerine, hapis cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmesi, kanunun, açık bir anlatımı olmamasına rağmen; “hapis cezasının tamamen infaz edilmesinin” seçenek yaptırımın infazına hiç başlanılmaması, “hapis cezasının kısmen infaz edilmesinin” ise, seçenek yaptırımın infazına başlanılmış olup da, buna, devam edilmemesi durumları olarak anlamak gerekir.

Seçenek yaptırımın infazına hiç başlanılmaması durumunda, hapis cezası, seçenek yaptırımdan önce hükmolunan hapis cezasının miktarı kadar olmalıdır. Bir başka anlatımla, mahkemece, örneğın hükmolunan sekiz ay hapis cezasının seçenek yaptırıma evrildiğı ancak bunun infazına yapılan tebligata rağmen başlanılamadığı anlaşılmakla, sekiz aylık hapis cezasının, aynen infazına karar verilmelidir. Burada, seçenek yaptırımdan infaz edilen herhangi bir kısım bulunmadığı için, hapis cezasının tamamının infazına karar verilecektir. Bu durumda, doğal olarak, tutuklulukta veya gözaltında geçen bir süre varsa, bu sürenin hapse tahvil aşamasında değıl, infaz sırasında mahsubu yapılacaktır.

b. Hapis Cezasının Kısmen İnfazı

Hapis cezasının kısmen infaz edilmesini, seçenek yaptırımın infazına başlanılmış olup da, buna, devam edilmemesi olarak anlamak gerekir.

Hükmolunun hapis cezası miktarı kadar bir süre için seçenek yaptırıma hükmolunmuş ise, infaz edilen miktar düşüldükten sonra, kalan süre kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar bir süreyle kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına hükmolunabilir. Bu nedenle, örneğın, mahkemece bir yıl hapis cezası yerine iki yıl süreyle kamuya yararlı bir işte alıştırılmasına karar verilmiş ise⁷⁷³ ve bu seçenek yaptırımın mesela bir yılı infaz edilmiş ise; kalan seçenek cezanın miktarı toplam miktarın 1/2 si olduğuna göre, bu defa, mahkemece, hapis cezasının kalan miktarının 1/2 olarak kabul edilmesi ve 6 ay hapis cezasının infazına karar verilmesi gerekir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f) seçenek yaptırımında olduğu gibi c, d, e fıkralarında da benzer şekilde hesaplama yapılması gerekir.

⁷⁷³ Bu husus daha önce ele alınmış olup, bir görüşe göre böyle bir durumda, mahkeme iki yıl süreyle kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına hükmedemez. Maddede bir katı denildiğı için en fazla bir yıl süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya hükmedebilir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Seçenek Yaptırımların Türleri Bölümünde, Kamuya Yararlı Bir İşte alışma Seçenek Yaptırımın Süresi.

Hapis cezasının yarısı kadar bir süre için seçenek yaptırıma hükmolunmuş olması durumunda da, yine infaz edilen seçenek yaptırımı ile kalan seçenek yaptırım miktarının oranı kadar hapis cezasının infaz edilecek miktarının bulunması gerekir.

c. Hapis Cezasının Derhal İnfazı

TCK'nın 50/6. maddesi gereğince; seçenek yaptırımı içeren hükmün kesinleşmesinden sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içerisinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilememesi halinde, hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilir ve bu karar derhal infaz edilir biçimindeki anlatımda yer alan “bu karar derhal infaz “ edilir biçimindeki ifadede ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

Bu ifade “yargı yoluna”, “infazın ertelenmesine” veya “hapis cezasının ertelenmesine” ilişkin olarak değerlendirilebilir.

aa. Hapis Cezasının Derhal İnfazı İbaresine ile Başvurulacak Kanun Yolunun Tespit Edildiği

Uygulamada burada yer alan derhal infaz edilir biçimindeki ifade karşısında bu karara karşı ancak “itiraz” kanun yoluna (CMK m. 267 vd.) başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Oysa, burada seçenek yaptırım yerine hapis cezasına hükmolunduğu için ve bu hüküm 50/5 maddesi gereğince asıl mahkûmiyet olarak sayılacağından bu karara karşı itiraz değil, istinaf, (CMK m. 272 vd), (Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar temyiz, CMK m. 286 vd.) kanun yoluna başvurulması gerektiği de savunulabilir.

Kanaatimizce, bir ayırım yapılarak meselenin çözümlenmesi gerekir.

Seçenek yaptırımı içeren mahkûmiyet hükmü, önceki aşamada temyiz incelemesinden geçerek kesinleşmiş ise, artık seçenek yaptırımın yerine getirilmemesinden dolayı hapis cezasına çevirme kararı infaza ilişkin bir karar olarak

değerlendirilerek buna karşı temyiz değil, itiraz kanun yolunun söz konusu olacağını söylemek gerekir. Oysa, seçenek yaptırımı içeren önceki mahkûmiyetin, temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş olması da pekala mümkündür ki, bu durumda, karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceğini söylenebilir. Söz gelimi TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımına hükmolunması, ilgilinin, yani mahkûmun, seçenek yaptırımın uygulanmasında gönüllü olmasına bağlıdır ve böyle bir seçenek yaptırımı içeren hükmün, temyiz edilmeksizin kesinleşmesi çok doğal bir sonuç olarak ortaya çıkabilecektir.

Bu nedenle; bu ve benzeri şekilde temyiz edilmeksizin kesinleşen bir hükümde yer alan seçenek yaptırımın, yerine getirilmesine başlanılamaması veya başlanıp ta devam edilememesi nedeniyle, hapis cezasının aynen veya kısmen infazına karar verilmesi durumunda; bu hükme karşı temyiz yolunun açık olmadığının iddia edilmesi, bir kısım mağduruyetlere sebebiyet verebilecektir.

bb. Hapis Cezasının Derhal İnfazı İbaresini ile Elde Edilen Hapis Cezasının Ertelenemezliğinin Tespit Edildiği

TCK m. 50/6' de yer alan "bu karar derhal infaz " edilir biçimindeki ifadeden, hapse tahvil sonrasında elde edilen hapis cezasının ertelemeye konu edilemeyeceğinin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁷⁴.

Kanaatimizce burada kullanılan bu ibare doğru ve hukukî değildir. Çünkü, seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesinden sonra amaçlanan hapsin infazının ertelenememesi ise bunun açıkça "hapis cezasının infazı ertelenemez" biçiminde olması gerekirdi. Bu hapis cezasının, TCK'nın 51. maddesi gereğince ertelenmesine engel olunmak isteniyorsa, o zaman da, "hapis cezası ertelenemez" denilmesi gerekirdi. Çünkü bunlar aynı şey değildir. Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nın 51. maddesinde düzenlenmiş bulunan cezanın saptanması, belirlenmesi aşamasında başvurulacak bir müessese iken, infazın ertelenmesi ise CGTİHK'nın Üçüncü Bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiş, hapis cezasının infazı aşamasında başvurulabilecek bir müessesedir.

⁷⁷⁴ HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384

Mesela, Kanunun 17. maddesi gereğince, istem üzerine şartlar varsa, cezanın infazı ertelenebilmektedir.

Kanaatimizce, TCK'nın 50/6. maddesinde yer alan “bu karar derhal infaz “ edilir biçimindeki ifadeden anlaşılması gereken, hapse tahvil kararı verildikten sonra, hükmolunan hapis cezası için infazın ertelenemeyeceği yani bu hapis cezası için mesela CGTİHK'nın 17. maddesi hükmünün uygulanamayacağıdır. Bu hapis cezasının TCK'nın 51. madde gereğince diğer şartların da var olması durumunda ertelenebilecektir.

d. Seçenek Yaptırımın Çevrilmesi ile Oluşan Hapis Cezasının Hukuki Niteliği

Seçenek yaptırıma muhalefet edilmesi nedeniyle, kısa süreli hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına mahkemece karar verildikten sonra, yani seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesinden sonra, ortaya çıkan yeni hapis cezasının hukukî akıbetinin ne olması gerektiğini TCK'nın 50/6. fıkrasının son cümlesi belirlemektedir. Buna göre; “Bu durumda 50/5. uygulanmayacaktır”. Yani artık bu durumda, asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbir (daha doğru bir deyişle; seçenek yaptırım) değil, “hapis cezası” olacaktır. Hükümlü bundan sonra, hapis cezasına mahkûm edilmiş biri olarak değerlendirilecektir. Bundan sonraki suçları açısından uygulanacak erteleme, tekerrür ve hak yoksunlukları hükümleri açısından “hapis cezasına mahkûm edilmiş biri” olarak kabul edilecektir⁷⁷⁵.

§4. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİ

TCK'nın 50/7. maddesi gereğince, hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece seçenek yaptırım (tedbir) değiştirilir. Buna göre, Seçenek yaptırımın değiştirilmesinde, kararın kesinleşip kesinleşmemesi, seçenek yaptırımın değiştirilmesinin şartları ve

⁷⁷⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1134.

sonuçları ile adli para cezasının bir başka seçenek ile değiştirilmesi konuları ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

I. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNDE ÖNCEKİ KARARIN KESİNLEŞMESİ SORUNU

TCK'nın 50/6. maddesinde yani seçenek yaptırımdan dönülerek tekrar hapis cezasına hükmolunabilmesi (hapse tahvil) için, seçenek yaptırımı karar altına alan hükmün, kesinleşmesini şart olarak ileri süren kanun koyucu, TCK'nın 50/7. maddesinde, seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırıma çevrilmesi için, kararın kesinleşmesini bir şart olarak göstermemektedir. Bu nedenle, TCK'nın 50/7. maddesi gereğince, seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırım ile değiştirilebilmesi için, verilen kararın kesinleşmesi gerektiğini söylemek güçtür. Kanaatimizce, kanun koyucu, bu hususu özellikle bir şart olarak ileri sürmeyerek, seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırım ile değiştirilebilmesinde kolaylık sağlamak amacındadır. Bu nedenle, seçenek yaptırıma hükmolunduktan sonra, seçenek yaptırımın değiştirilmesini gerekli kılan bir durum ortaya çıktığında, mahkeme, kararın kesinleşmesini beklemeden vereceği bir ek karar ile seçenek yaptırımı bir başka seçenek yaptırım ile değiştirebilecek demektir.

II. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNİN ŞARTLARI

Seçenek yaptırımın değiştirilmesinin şartları, TCK'nın 50/7. maddesi hükmü gereğince; seçenek yaptırımın hükümlünün elinde olmayan bir sebeple yerine getirilmemiş olması ve seçenek yaptırımın hükmü veren mahkemece değiştirilmesi ile seçenek yaptırımın değiştirilmesinde daha ağır bir başka seçeneğe yaptırıma hükmolunmaması gerektiği biçiminde üç ana başlık altında incelenebilir.

A. Seçenek Yaptırım Hükümlünün Elinde Olmayan Bir Sebep Yere Getirilmemiş Olmalıdır

TCK m.50/7’de yer alan anlatımın yeterli olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle, madde metindeki “ hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi...” şeklindeki anlatımı, yaptırımın, hükümlünün elinde olmayan bir sebeple infazına hiç başlanılamamış olması ile başlayan infaza devam edilememesi hallerini kapsar şekilde anlamak gerekir.

Seçenek yaptırımın yerine getirilememesinde, başlangıçtan beri var olan bir sebep ile, daha sonra ortaya çıkan bir sebep arasında fark gözetilemez. Her iki durumda da, seçenek yaptırımın değiştirilmesine karar verilmesi gerekir. Örneğin, TCK’nın 50/1 (f) maddesi gereğince, hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçenek yaptırımına hükmolunmuş, ancak daha sonra hükmün henüz infazına başlanılmadan hükümlünün çalışmayacak derecede bir rahatsızlığının ortaya çıkması durumunda, seçenek yaptırımın değiştirilmesine karar verilmesi gerekir. Seçenek yaptırımın yerine getirilememesindeki sebep, sonradan ortaya çıkmış olmayıp, en baştan beri var olan bir sebep olabilir. Bu durumda da hükümlünün elinde olmayan bir neden olduğu sürece seçenek yaptırımın değiştirilmesi gerekir. Örneğin, bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımına hükmolunmasından sonraki hükümlünün okur yazar olmadığının anlaşılması üzerine, seçenek yaptırımın bir başkası ile değiştirilmesine karar verilebilecektir⁷⁷⁶.

TCK m. 50/7 gerekçesinde; hükmolunan tedbire riayet etmek olanaksızlığının meydana çıkması halinde, mahkemeye, bunun yerine, başka bir tedbire karar vermek yetkisinin tanınması uygun görülmüştür denilmektedir.

⁷⁷⁶ Nitekim uygulamada böyle bir kararın verilebildiği görülmektedir. “Hırsızlık suçundan sanık hakkında hükmolunan 5 ay 18 gün netice cezanın, TCK’nın 50/1 (c) maddesi gereğince 2 yıl süreyle meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etmesi tedbirine çevrilmiş ise de, hükümlünün okur yazar olmadığı ve bu nedenle meslek edindirme kurslarına devam edemeyeceği anlaşılmış olmakla, verilen hapis cezasının, TCK’nın 50/7. maddesi gereğince, hükümlünün küçük olan yaşına rağmen hurdacılık yapmasının bu suçu işlemesinde etken olduğu kanaatine varıldığından, TCK’nın 50/1 (d) maddesi gereğince 3 ay süreyle hurdacılık yapmaktan yasaklanması tedbirine çevrilmesine” İskenderun Çocuk M., 19.03.2009, müteferrik 27 say.kararı. Kanaatimizce böyle bir durumda, seçenek yaptırımın değiştirilmesi doğru olmakla birlikte hükümlünün bir anlamda geçimini sağladığı faaliyetinden alıkonulması doğru olmamıştır.

“Hükümlünün elinde olmayan nedenler, istese de üstesinden gelemeyeceği, kendi gücü ile gideremeyeceği, her çeşit fiilî, hukukî, kamusal, ve kişisel imkansızlıklar” olarak anlaşılmalıdır⁷⁷⁷.

Hükmolunan seçenek yaptırımın yerine getirilmesi imkânsız olabileceği gibi bunun yerine getirilmesinin çok zor veya mahkûm için çok büyük bir külfet doğuracağının açıkça belli olduğu durumlarda da, seçenek yaptırımın değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü; madde gerekçesinde yer alan “hükmolunan tedbire riayet olanaksızlığının meydana çıkması” biçiminde ifade edilen “olanaksızlığı” “mutlak bir olanaksızlık” biçiminde anlamak doğru olmayacaktır.

B. Seçenek Yaptırım Hükümü Veren Mahkemece Değiştirilmelidir

Seçenek yaptırımın değiştirilmesine, TCK’nın 50/7. maddesi gereğince; “hükümü veren mahkemenin” karar vermesi gerekmektedir. Bu ceza hukukunda karar verecek olan mahkemenin delil ile doğrudan doğruya temas etmesi gerektiği yolundaki ilkeye dayanır. Hükümlü hakkında delilleri inceleyen ve onun hakkında karar veren mahkemenin verdiği bu kararın değiştirilmesinde de etkin olması gerekir. Bu nedenle, seçenek yaptırımın değiştirilmesi kararını ilk defa seçenek yaptırıma hükmeden mahkemenin değiştirmesi gerekir.

Seçenek yaptırımın mahkemece değiştirilmesi hususunda yer alan “hükümü veren mahkeme ibaresi” için, seçenek yaptırımın yerine getirilmemesi nedeniyle TCK’nın 50/6. maddesi gereğince, mahkemece seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesine ilişkin açıklamalarda yer alan “hükümü veren mahkeme” için de geçerli olduğunu söylemek gerekir.

C. Daha Ağır Bir Başka Seçenek Yaptırıma Hükmolunmaması Gerekir

Seçenek Yaptırımın TCK’nın 50/7. maddesi gereğince hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükümü veren mahkemece

⁷⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 84; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel

değiştirilmesine hükmedildiğinde, seçilen yeni seçenek yaptırımın, daha önceki seçenek yaptırımdan daha ağır nitelikte veya daha ağır süre veya daha ağır şartları taşıyan bir seçenek yaptırım olmaması gerekir. Her ne kadar, kanunda, bu konuda açık bir düzenleme yoksa da, “kazanılmış hakka saygı kuralı” hukukun genel kurallarından biridir ve burada da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksine bir tutum, kişi hak ve hürriyetlerini derinden zedeler ve kanun koyucunun da amacına ters düşer. Zira, seçenek yaptırımların birinci amacı, verilecek cezanın şahsa uydurulması, ona daha uygun hale getirilmesidir. Daha önce verilen bir hükmün, hükümlünün elinde olmayan bir sebepten ötürü infaz edilemiyor olması, hükümlünün aleyhine bir sonuç doğurmamalıdır. Aksi yöndeki bir uygulama, hükmolunan seçenek yaptırımın değiştirilmesi ilkesine de aykırı olacaktır.

III. SEÇENEK YAPTIRIMIN DEĞİŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI

A. Yeni Bir Seçenek Yaptırıma Hükmolunması

Hükmolunacak seçenek yaptırım bakımından, bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu nedenle, mahkemece, madde metninde yer alan her bir seçenek yeniden düşünülebilir. Seçenek yaptırım, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre, yeni bir seçenek yaptırıma çevrilebilecek, ancak yukarıda değinildiği gibi hükmolunan yeni seçenek yaptırımın, daha önceki seçenek yaptırımdan daha ağır olmamasına özen gösterilecektir.

Adli para cezası seçenek yaptırımına hükmolunamayacak hâl varsa, ikinci kez seçenek yaptırıma hükmolunması sırasında da, bu yasağa dikkat edilmeli ve bu seçenek yaptırıma hükmolunmamalıdır. Bir başka anlatımla, ilk defa seçenek yaptırıma hükmolunduğu sırada, hükme esas alınan kanun maddesinde suçun cezası olarak hapis cezası ile birlikte alternatif ceza olarak adli para cezası öngörülmüş ve hakim tarafından hapis cezası seçilerek bu hapis cezası bir seçenek yaptırıma çevrilmiş ve bu seçenek

yaptırım hükümlünün elinde olmayan bir sebepten ötürü yerine getirilemediği için değiştirilmesi söz konusu ise, yine birinci kez olduğu gibi, adlî para cezasına hükmolunamaz. Yani ikinci kez de olsa, adlî para cezası seçenek yaptırım karar altına alınamaz. Seçenek yaptırımın birinci karar verildiği sırada yapıldığı gibi adlî para cezası seçenek yaptırım dışındaki, diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi gerekir. TCK'nın 50/2 maddesinin açık anlatımı karşısında, bunun dışında bir uygulama yapılması doğru olmadığı gibi buna imkân tanınması, 50/2. maddesi hükmünü seçenek yaptırımın değiştirilmesi yoluyla bertaraf edilmesi sonucunu doğurur.

B. Yeni Seçenek Yaptırım Bakımından Kanun Yolu

TCK'nın 50/7. maddesi gereğince, hükmedilen seçenek yaptırımın hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece, seçenek yaptırımın değiştirilmesinin düzenlenmiş olmasına karşın, böyle bir karara karşı başvurulacak kanun yolunun madde metninde gösterilmediği anlaşılmaktadır.

Aynı maddenin 6. fıkrası gereğince seçenek yaptırımın hapis cezasına çevrilmesi durumunda “bu karar derhal infaz edilir” yolundaki bir açıklama, seçenek yaptırımın değiştirilmesine ilişkin 7.fıkra da bulunmamaktadır. Bu nedenle, burada uygulanacak kanun yolunun bulunması bakımından sınırlayıcı bir yorum içerisine girilmemesi gerekir. Hükmolunun seçenek yaptırma karşı daha önce temyiz kanun yoluna başvurulmuş veya temyiz edilmeksizin karar temyiz süresi tamamlandığı için kesinleşmiş olsa bile yine de seçenek yaptırım kararının değiştirilmesi kararına karşı temyiz yolunun açık tutulması gerekir. Çünkü, verilen karar yeni bir karardır. TCK 50/7. madde gereğince hükümlünün elinde olmayan bir nedenle seçenek yaptırımın yerine getirilememesi sebebiyle, seçenek yaptırımın değiştirilmesi infaza ilişkin bir husus olarak değerlendirilemez. Tam tersine halen cezanın belirlenmesi aşaması devam etmektedir. Aksine bir anlayış kişilerin mağduruyetine yol açabilir. Zira, ilk kararda yer alan seçenek yaptırım söz gelimi sanığın gönüllü olması nedeniyle bir kamu hizmetinde çalıştırılmaya ilişkin olabilir. Sanığın, seçenek yaptırım hakkında gönüllü olması sebebiyle böyle bir kararı temyiz etmemesi nedeniyle, karar kesinleşmiş olabilir. Oysa,

bu seçenek yaptırımın yerine getirilememesi nedeniyle hükmolunan ikinci seçenek bakımından sanığın istemediği bir başka seçeneğe hükmolunmakta ve bu seçeneğin ise 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince, sanık kendi kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna veya duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere uygun olmadığı kanaatinde olabilir. Böyle bir durumda, sanık için, bu seçenek yaptırıma karşı kanun yolunun açık olması gerekir. Bu ise mutad olan kanun yolu, yani temyiz kanun yolu olmalıdır. Zira, verilen hükmün tüm yönleri ile bir yargısal denetime tabi tutulması gerekir. İtiraz, ancak şekli bir incelemeyi gerektirir.

C. Seçenek Yaptırımın Cezasının Bir Başka Kez Değiştirilmesi

TCK'nın 50/7. maddesinde hükmedilen seçenek yaptırımın, hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmemesi durumunda, hükmü veren mahkemece, bunun değiştirilmesi imkânı tanındığı halde, seçenek yaptırımın da kaç kez değiştirilebileceğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle, seçenek yaptırımın bir kez mi yoksa birden fazla sayıda durumun mümkün kıldığı her halde, değiştirilmesinin mümkün olup olamayacağı açıkça anlaşılamamaktadır.

Kanaatimizce, aslında maddenin seçenek yaptırımın değiştirilmesini daima imkân dahilinde tutacak şekilde, yani gerektiğinde birçok kez değiştirilebileceğini de açıklayacak tarzda, kaleme alınması daha uygun olurdu. Çünkü, seçenek yaptırımın değiştirilmesinden sonra da, ortaya çıkan yeni bazı durumlar, nedeniyle hükmolunun bu ikinci seçenek yaptırımın da infazının mümkün olmadığı veya hükümlü için bunun çok zor olacağı bazı durumlar ortaya çıkabilir. Bir başka anlatımla, değiştirilen seçenek yaptırımın, hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi ikinci veya hatta üçüncü kez ortaya çıktığında, hükmü veren mahkeme tarafından, seçenek yaptırımın yeniden değiştirilebileceğinin kabulü gerekir.

Yukarıda sözü edildiği biçimde seçenek yaptırımın, TCK'nın 50/7. maddesi gereğince hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmesinin mümkün olmaması durumunda, seçenek yaptırım bir kez daha değiştirilmesi durumunda da karara karşı temyiz yoluna gidilebilmelidir. Çünkü bunu engelleyen herhangi bir hüküm

bulunmamaktadır. Bu nedenle, seçenek yaptırımın ikinci kez değiştirilmesi de her halde, bir infaz meselesi olarak kabul edilemez. Bu nedenle, bu karara karşı da temyiz kanun yolu kabul edilmelidir.

IV. ADLİ PARA CEZASI SEÇENEK YAPTIRIMININ DEĞİŞTİRİLMESİ SORUNU

Burada zikredilmesi gereken bir başka husus ise, adlî para cezası seçenek yaptırımının hükümlünün elinde olmayan bir sebeple yerine getirilememesi durumunda, bu seçenek yaptırımın değiştirilmesinin de mümkün olup olmadığı meselesidir.

Soyaslan, TCK'nın 50. maddesinin 7. fıkrasına göre, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının (TCK m. 50/1-a), hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece, bu seçenek yaptırımının da diğer seçenek yaptırımlarda olduğu gibi bir başka seçenek yaptırıma çevrilebileceğini ifade etmektedir⁷⁷⁸.

TCK'nın 50/7. maddesi hükmüne göre; mahkemece yalnızca adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların değiştirilebileceği, adlî para cezasına ilişkin seçenek yaptırımın ise para cezası olduğu ve tedbir olmadığı için değiştirilemeyeceği doktrinde genel bir kabul görmektedir⁷⁷⁹.

Kanaatimizce, bir seçenek yaptırım niteliğinde olmakla beraber, hapis cezasından çevrili adlî para cezanın hükümlünün elinde olmayan bir sebeple ödenmemesi durumunda, bunun diğer bir seçenek yaptırım ile değiştirilebilmesi imkânın ortadan

⁷⁷⁸ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genele Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 568.

⁷⁷⁹ "...kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak birinci fıkradaki güvenlik tedbirlerinden birine hükmedemeyecektir" ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 596; "Seçenek tedbir hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilemez ise mahkeme tedbiri değiştirebilir (TCK m. 50/7). Ne var ki adlî para cezasına hükmedilmiş olur da hükümlü elinde olmayan nedenlerle adlî para cezasını ödeyememiş olursa, bu cezanın başka bir tedbire çevrilmesi olanağı yoktur, zira kanun sadece tedbirlerin çevrilmesine imtân tanımıştır" HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384; "TCK'nın 50 nci maddesinin 7 nci fıkrası "tedbirlerle" ilgili bulunduğu için, adlî para cezasının hükümlünün elinde olmayan nedenlerle ödenmediğinden bahisle, başka bir tedbire çevrilmesi mümkün değildir" ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 965.

kaldırılmış olması doğru ve adil bir durum değildir⁷⁸⁰. Buna sebep TCK'nın 50/7. maddesinde yer alan "...tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir" biçimindeki anlatımdır. Zira TCK'nın 50/7. maddesinde seçenek yaptırım anlamında kullanılan "tedbir" tabiri ile adlî para cezası dışında kalan diğer seçenek yaptırımlar kast edilmektedir. Ancak bunun doğru ve haklı bir çözüm olduğunu söylemeye imkân yoktur. TCK'nın 50/6. maddesi gereğince, belki hapis cezasından çevrili adlî para cezasının ödenmemesi nedeniyle hapse tahvil edilmesinde ve böylece, TCK'nın 52. maddesi gereğince, doğrudan doğruya hükmedilen adlî para cezası ile seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezası arasındaki farkın kapatılmak istenmesi mümkün görülebilir ise de, seçenek yaptırımın yerine getirilememesi yani istem dışı ödeyememe durumunda, bu seçenek yaptırımın da diğer seçenek yaptırımlar gibi mahkemesince değiştirilebilmesine imkân tanınması gerekirdi. Çünkü, bunun aksi, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince kendisine adlî para cezası seçenek yaptırımı uygulanmış biri ile bu seçenek yaptırım dışındaki diğer seçenek yaptırım uygulanmış kimseler arasında adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Söz gelimi, her biri yukarıda belirtilen seçenek yaptırımlardan birine mahkûm edilmiş iki farklı kişinin, aynı yerde yaşadıklarını ve yaşanan bir sel, bir deprem gibi afet sonucunda seçenek yaptırımların her ikisinin de infazına istem dışı başlanılamadığı sabit olduğu halde, adlî para cezası seçenek yaptırımına mahkûm olanın bu cezası Cumhuriyet savcılığınca hapse tahvil edilecek, diğer bir seçenek yaptırıma mahkûm edilmiş olan kimsenin seçenek cezası ise TCK'nın 50/7. maddesi gereğince, bir başka seçenek yaptırıma çevrilebilecektir. Böyle bir sonucun kabul edilmesine imkân bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira, esasen, burada, seçenek ceza niteliğindeki adlî para cezasının ödenmemesi durumunda, CGTİHK'nın 106/9. maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından seçenek ceza niteliğindeki adlî para cezasının diğer para cezaları gibi hapse tahvil edilmesinde olduğu gibi bir

⁷⁸⁰ Nitekim, örnek olarak "İtalya'da Anayasa Mahkemesi 1979 tarihli bir kararı ile, ödeme gücü olmayan hükümlülere karşı para cezası yerine hapis cezasına hükmedilmesine olanak sağlayan düzenlemeyi, Anayasaya aykırı bulmuş ve ödenmeyen para cezasının yerine geçen hapis cezası yerine başka yaptırımların öngörülmesi gerektiğine işaret etmiştir. İşte bunun sonucu olarak 1981 Tarihli Kanun, para cezasının ödenmemesi durumunda denetimli özgürlük yoluyla hükümlünün talebi üzerine cezanın çalışma

yetkisinin olmaması gerekirdi. Seçenek ceza niteliğindeki bir adli para cezası, mahkûmun ikamet ettiği yerde meydana gelen deprem veya sel baskını gibi bir sebepten dolayı ödenememiş ise ve bunun yerine getirilmemesi hükümlüye isnad edilemiyor ise, pekala, bu seçenek yaptırım da, diğer seçenek yaptırımlar gibi mahkemece bir başka seçenek yaptırım ile değiştirilebilmelidir. Bunun için, TCK'nın 50/7. maddesinde yazılı “tedbir” sözcüğünün adli para cezası niteliğindeki seçenek yaptırımı da kapsar bir biçimde “seçenek yaptırım” olarak değiştirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Çağdaş ve insancıl bir hukuk anlayışı bunu gerektirir. Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesi, para cezasına mahkûm olup da bunu isteği dışında ödeyememiş olan hükümlülerin cezalarının, mahkemelerce, hapis cezasına çevrilmesini yasaklayarak, ödenmeyen para cezalarının kamuya yararlı bir işte çalıştırma yoluyla infaz edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁸¹. Yüksek Mahkeme, 1983 yılında vermiş olduğu bir başka kararda ise, zararın giderilmesine mahkûm edilen suçlulara, bu ödemeyi yapmamaları halinde toplum hizmeti (kamu yararına çalışma cezası) uygulanmasına karar vermiştir⁷⁸². Hatta, sadece TCK'nın m. 50/1 (a) gereği verilen seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezasının değil, TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adli para cezasının da yerine getirilmesinin çok zor veya imkansız olacağı ya da Alman Hukukunda ifadesini bulduğu üzere “bunun yerine getirilmesinin hükümlü için hakkaniyete aykırı ağır bir durum meydana getirecek hallerde” bunun bir başka seçenek yaptırımı çevrilebilmesine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü; “Alman CK'nın 43 ncü maddesinin 1 nci cümlesi uyarınca, ödenmeyen para cezasının yerine yedek hürriyeti bağlayıcı ceza geçer. Bir günlük birim para cezası, bir gün hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşür. Fakat, yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesi, hükümlü için hakkaniyete aykırı bir ağır durum meydana getirecek ise, mahkeme para cezasından çevrilen yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmemesine karar

cezasına (Laboro sostitutivo) dönüştürülmesine olanak sağlamıştır” ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, s. 276.

⁷⁸¹ Tate v.Short, 410 U.S. 395 (1971) nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 336.

⁷⁸² Bearden v.Georgia. U.S. 666 (1983) nakleden: SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, s. 336.

verebilir (StPO 459 f)”⁷⁸³. “Bu durum karşısında, Yürürlük Kanunda düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalışma (gemeinnützige Arbeit) seçeneği öngörölmüş (EGStGB § 293) ve bütün eyaletlerde yürürlüğe girmiştir”⁷⁸⁴. “Bu seçenek hükümlüye para cezasından çevrilen yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine kaim olmak üzere, teklif edilecektir”⁷⁸⁵.

Endonezya’da, toplum hizmetinde çalışma cezası, hükümlünün verilen para cezasını ödeyememesi ve kendisinin bunu talep etmesi şartıyla, ödenmeyen para cezalarının yerine uygulanabilmektedir⁷⁸⁶.

§5. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TOPLANMASI ile ÇOKLUĞU SORUNU

I. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN TOPLANMASI SORUNU

A. Genel Olarak Seçenek Yaptırımların Toplanması Sorunu

Seçenek yaptırımların toplanabilmesi ceza olma özelliklerinden meydana gelir ve kanaatimizce bu husus seçenek yaptırımlar ile güvenlik tedbirleri arasındaki en önemli farklılıklarından biridir. Çünkü, kural olarak güvenlik tedbirleri toplanamaz (içtima ettirilemez)⁷⁸⁷. Örneğin; ayrı ayrı suçlar için hükmolunacak tedbirlerin her birinin infazının gereksizliği, özellikle akıl hastanesine veya kötü alışkanlıklardan kurtarma

⁷⁸³ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 68

⁷⁸⁴ “(Pfohl, Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion, 1983, S. 21 ff (36 ff) ; Schädler, Das Projeckt Gemeinnützige Arbeit, ZRP 1983, S. 5 ff)” nakleden; JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 69, dp. 58.

⁷⁸⁵ JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s. 69.

⁷⁸⁶ İNCE, Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma, s. 188.

⁷⁸⁷ “1930 Tarihli İtalyan CK’nın 209. maddesine göre, aynı tür emniyet tedbirlerinin içtimai halinde, sadece biri uygulanır. Örneğin; ‘Al. CK’nın 72. maddesinde tehlikeli faillerin tecrit kurumuna gönderilmesi tedbirinin, diğer özgürlüğü bağlayıcı emniyet tedbirleri ile hükmedilebileceğini kabul etmektedir. Ancak her iki yaptırıma hükmedebilmek için, diğer özgürlüğü bağlayıcı emniyet tedbirlerinin tek başına toplumun korunmasını yeterince sağlayamaması gerekir’ ” NUHOĞLU, s.169; Güvenlik (emniyet) tedbirlerinde içtima hususunda ayrıntılı bilgi için bkz: NUHOĞLU, 167-171.

amaçlı bir kuruma gönderme gibi tedbirlerde görülebilir. Çünkü bu tedbirlerin infazı kişinin iyileşmesine veya bağımlılıktan kurtulmasına kadar devam eder⁷⁸⁸.

Seçenek yaptırımlar ceza olduğu için kural olarak, cezalar için toplanmanın söz konusu olduğu durumlardaki gibi toplanmalı, içtime ettirilmelidir. Ancak, 5237 Sayılı TCK'da cezaların toplanması ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁸⁹. Konuya ilişkin tek hüküm CGTİHK'nın 99. maddesidir. Buna göre; “Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerlerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107 nci maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı” istenecektir. Aynı Kanunun 107. maddesi ise koşullu salıverme ile ilgilidir ve buna göre, koşullu salıverme süresinin belirlenebilmesi için aynı nitelikteki cezaların toplanmasına gerek bulunmaktadır. Yargıtay 11.Ceza Dairesinin Kararı da bu doğrultudadır⁷⁹⁰.

Aynı nitelikteki seçenek yaptırımların infazda kolaylık sağlanması bakımından toplanabilmeleri mümkün görülebilir. Aynı tür seçenek yaptırım ile anlatılmak istenen, TCK'nın 50. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlardan bire bir aynı olanlardır. Mesela bir suç için hükmolunan kısa süreli bir hapis cezasının 50/1 (a) maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmesi durumunda, sanığın diğer bir suçu için

⁷⁸⁸ NUHOĞLU, s.168; Ayrıca, Yargıtay'ın Trafik Kanunun 60/E maddesi uyarınca hükmolunan ehliyetnamenin geri alınması, tedbir niteliği taşıdığından, cürüm türünden her hükümlülük için ayrı ayrı uygulanması gerektiği yolundaki kararı (CGK 02.04.1979 gün, 2-85/166), (YKD, C. 5, Sayı: 6, 1979, s.6), 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinde yer alan özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen 6 ayı geçmemek üzere bir tedavi veya ıslah kurumuna devam etme tedbirinin de ayrı ayrı infazını gerektireceği için eleştirilmiştir. Kanaatimizce, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesinde yer alan özgürlüğü bağlayıcı cezadan çevrilen 6 ayı geçmemek üzere bir tedavi veya ıslah kurumuna devam etme yaptırımının ayrı ayrı infazının gerekliliği onun da ceza olma vasfı ile alakalıdır.

⁷⁸⁹ ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 679; “5237 ile 5275 Sayılı Yasalarda kesinleşmeyen hükümler yönünden cezaların içtimasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı halde sanığa iki suçtan verilen adli para cezalarının toplanması yasaya uygun değildir” 4. CD., 07.02.2007 gün, 9254/1291 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1162); “5237 Sayılı TCK'da cezaların içtimai bulunmadığı gözetilmeden yaralama ve yasak silah bulundurma suçlarından verilen hapis cezalarının toplanması yasaya aykırıdır” 3. CD., 28.02.2007 gün, 7064/1795 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1169).

⁷⁹⁰ “5275 Sayılı CGTİHK'nın 99/1.maddesi uyarınca sanık hakkında hükmolunan her bir cezanın diğerinden bağımsız olduğu, bunların varlıklarını ayrı ayrı koruduğu, ancak aynı sanık hakkında başka başka kesinleşmiş hükümlerin varlığı halinde ise aynı Yasanın 107. maddesinin uygulanması yönünden mahkemeden bir karar istenmesi gerektiği” 11. CD., 22.06.2006 gün, 1629/5859 (ERDOĞAN, s. 256).

hükmolunan bir başka kısa süreli hapis cezası da adli para cezasına çevrilebilir⁷⁹¹. Aynı şey, bir eğitim kurumuna devam etme, bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma veya kamuya yararlı bir işte çalışma seçenek yaptırımları⁷⁹² için de söz konusu olabilir. Ancak, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklerden yasaklanma seçenek yaptırımlarının aynı olduğunu söyleyebilmek için hiç kuşku yok ki, gitmekten yasaklanan yerin veya etkinliğin aynı nitelikte olması gerekir. Mesela, sırf sarhoşluğu nedeniyle birden fazla suç işlenmiş ve bu suçların işlenmesi ile sarhoşluk eylemi arasında ilgi kurulabiliyorsa, mesela her bir suç için verilecek hapis cezaları (diğer şartların da var olması durumunda), her biri için ayrı ayrı içkili yere gitmekten yasaklanmasına kararı verilebilir ve bu seçenek yaptırımlar, infazda kolaylık sağlanması bakımından toplanabilir⁷⁹³.

TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince, birden çok suç için verilecek olan zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımlarında, suçlar farklı farklı kimselere karşı işlenmiş ise, bunların ayrı ayrı giderilmesine karar verilecektir ve bu seçenek yaptırımlar toplanamayacaktır. Zira zararın giderilmesi seçenek yaptırımı, zarar her kime karşı verilmiş ise onun zararının giderilmesi ile infaz edilecektir.

TCK'nın 50. maddesinde yer alan seçenek yaptırımların birbirinden farklı olması halinde, her birinin ayrı ayrı infaz edilmesi gerekir. Bu seçenek yaptırımların toplanmasına karar verilemez

Seçenek yaptırımlar kural olarak diğer cezalarla toplanamaz. Seçenek yaptırımın ayrı, hükmolunan diğer cezanın (hapis veya adli para cezasının) ayrı infaz edilmesi

⁷⁹¹ “Kişinin işlediği birden fazla suç bulunduğu takdirde, bu suçlardan seçenek yaptırıma çevirmenin koşullarını taşıyan her bir suç için bunun ayrı ayrı tartışılması gerekir.”1. CD, 03.04.2006 gün 2006/1129 (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384).

⁷⁹² Örneğin; “Hırsızlık suçundan verilen 7 ay 23 gün hapis cezasının, TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince 4 ay süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilmesine, geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak suçundan verilen 6 ay 20 gün hapis cezasının, 3 ay 10 gün süreyle kamuya yararlı işte çalıştırılması tedbirine çevrilmesine” kararları verildiği, (Kayseri 4. As. CM, 25.06.2008 gün 350/702) bu seçenek yaptırımların ise Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine “7 ay 10 gün kamuya yararlı bir işte çalışma tedbir kararı cezası olarak içtimasına” (Kayseri 4. As CM, 2008/258 müteferrik) kararı verildiği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, bu ve benzeri kararlar, seçenek yaptırımların, kanun tarafından ceza olarak adlandırılmasalar bile, tam bir ceza gibi algılandıklarının ve uygulandıklarının iyi bir göstergesidir.

⁷⁹³ “Sarhoşluğu nedeniyle eşini yaralamak suçundan verilen 7 ay 15 gün ve kızını yaralamaktan verilen 5 ay hapis cezasının ayrı ayrı mahkûm olunan ceza süresi kadar müşterek eve alkollü bir şekilde gelmemesi seçenek yaptırımına çevrilmesine” Nevşehir 3. Sulh CM, 04.10.2007 gün, 654/704.

gerekmektedir. Bunun yanı sıra adli para cezası ile seçenek yaptırım niteliğindeki adli para cezası bakımından konu incelenmelidir.

B. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımını ile Adlî Para Cezasının Toplanması Sorunu

Bu husus 01.03.2008 tarihinde, 5739 Sayılı Kanun ile TCK'nın 50/6. ve 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/4. ile 106/9. maddelerinde değişiklik yapıldığı ve 106/10. madde hükmü yürürlükten kaldırıldığı için, suç tarihi bu tarihten önceki ve sonraki suçlar için ayrı ayrı ele alınmalıdır:

1. 01.03.2008 tarihinden Önce İşlenen Suçlar Bakımından;

01.03.2008 tarihinde, 5739 Sayılı Kanun ile TCK'nın 50/6. ve 5275 Sayılı CGTİHK'nın 106/4. ile 106/9. maddelerinde değişiklik yapıldığı ve 106/10. madde hükmü yürürlükten kaldırıldığı için, bu tarihten önce işlenen suçlar bakımından⁷⁹⁴; seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası (TCK m. 50/1 (a) ile, doğrudan doğruya bir suçun cezası olarak belirlenen adlî para cezası (TCK m. 52) da kanaatimizce toplanamaz ve bunların ayrı ayrı infaz edilmeleri gerekir. Zira, burada belirtilen bu cezaların her ikisi de adlî para cezası olarak gösterilmiş olsa da aslında bunların ödenmemesi durumunda ayrı ayrı hukukî kadere tabi tutulmuşlardır⁷⁹⁵. Mesela 52. madde gereğince belirlenen adlî para cezası ödenmez ise, bunun hapse çevrilmesi durumunda hapis cezası için şartlı tahliye hükümleri uygulanamaz. Oysa, 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan kısa süreli hapis cezasından çevrili adlî para cezasının

⁷⁹⁴ Burada leyhe olan kanunun, yani CGTİHK 106/9. maddesinin, bu yasa ile yapılan değişiklikten önceki hâlinin uygulanması gerekir. Çünkü, getirilen yeni düzenleme infaz hukukuna ilişkin gibi görünse de kanaatimizce koşullu salıverilme hususuna ilişkin bulunmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 7/3. maddesi gereğince leyhe olan düzenlemenin uygulanması gerekir ki koşullu salıverilme açısından Kanunun yaptığı değişiklikten önceki düzenleme daha leyhe görünmektedir

⁷⁹⁵ "...infaz rejimlerindeki farklılık sebebiyle 5237 Sayılı TCK'nın da cezaların infazının düzenlenmediği gözetilmeyerek sanık hakkındaki hapis cezasından çevrilen adlî para cezası ile doğrudan tayin olunan adlî para cezasının toplanmasına karar verilemez" 8. CD., 02.05.2007 gün, 3367/3438 (METİNER/KOÇ, s. 1533); Benzer nitelikte diğer kararlar için bkz: 8. CD., 29.11.2006 gün, 3390/8721 (METİNER/KOÇ, s.

ödenmemesi durumunda mahkemece hapis cezasına çevrilmesi (TCK m. 50/6) ve suç tarihinde (CGTİHK'nın 106/9. maddesinde yazılı TCK'nın m. 50/1 (a) bendi saklı kalmak üzere ibaresi suç tarihinde yürürlükte bulunduğu) bu durumda, hapis cezası için şartlı tahliye hükümlerinin tatbiki gerekecektir. Bu nedenlerle doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezası ile bir seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezasının toplanmadan, ayrı ayrı infazının yapılması gerekir. Hükümde de bunların birleştirilmesine (toplanmalarına) karar verilemez.

2. 01.03.2008 tarihinden Sonra İşlenen Suçlar Bakımından

01.03.2008 tarihinde, 5739 Sayılı Kanun ile TCK'nın 50/6. ve 5275 CGTİHK'nın 106/4. ile 106/9. maddelerinde değişiklik yapıldığı, 106/10. madde hükmü yürürlükten kaldırıldığı için ve belirtilen infaz farklılıkları giderildiği için, belirtilen tarihten sonra işlenen suçlar bakımından, seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası (TCK m. 50/1 (a) ile doğrudan doğruya bir suçun cezası olarak belirlenen adlî para cezası (TCK m. 52) kanaatimizce toplanabilir ve bunlar birlikte infaz edilebilir⁷⁹⁶.

II. SEÇENEK YAPTIRIMLARIN ÇOKLUĞU SORUNU

Seçenek yaptırımların çokluğu ile kast edilen hükmolunan birden çok hapis cezası için, birden çok seçenek yaptırıma hükmolunup hükmolunamayacağı ile hükmolunan bir seçenek yaptırımın yeniden bir başka seçenek yaptırıma çevrilmesinin mümkün olup olmayacağı hususlarıdır. Hapis cezası ve seçenek yaptırıma birlikte hükmetme sorunu da bu konu başlığı altında incelenmelidir.

1539); 8. CD., 02.11.2006 gün, 3786/7885; 8. CD., 24.10.2007 gün, 6170/7245 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1150).

⁷⁹⁶ Aksi kanaat için bkz: METİNER/KOÇ, s. 1482. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz: Adlî Para Seçenek Yaptırımının İnfazı.

A. Çok Sayıda Seçenek Yaptırıma Hükmolunması

İşlenmiş birden fazla suç için hükmolunacak cezaların her birinden dolayı ayrı ayrı seçenek yaptırıma hükmolunup olunamayacağına ilişkin bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır. Bu husus henüz bir Yargıtay kararına da konu olmuş değildir. Ancak 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi ile ilgili olmak üzere görüş bildiren *Dönmezer/Erman*, “Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde 4. madenin gösterdiği tedbirlerden⁷⁹⁷ ancak birine hükmedebilir. Aynı zamanda iki tedbire birlikte hükmedilemez. 4.Maddenin metni aksi bir yoruma elverişli gibi gözükmekte ise de, hukukun genel prensipleri metni açıkladığımız şekilde anlaşılmasını”⁷⁹⁸ gerekli kıldığı görüşündedirler⁷⁹⁹. Bu görüş “bir tek hapis cezası için birden fazla seçenek yaptırıma hükmolunamaz” biçiminde anlaşılacak ise buna tamamen katıldığımızı ifade etmeliyiz. Ancak, birden fazla sayıda hükmedilen hapis cezaları için ancak aynı ve bir tek seçenek yaptırıma hükmolunması gerektiğini söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü; TCK’nın 50. maddesi 1. fıkrasında; “Kısa süreli hapis cezası...çevrilebilir” demekle, aslında bir tek hapis cezasını düzenler görünmektedir. Yani mesela madde metni “Kısa süreli hapis cezalarını....çevirebilir” şeklinde kaleme alınmamış, bir tek hapis cezası için (tek bir işlem için) seçenek yaptırıma çevirme işlemini düzenlemiş görünmektedir. Ancak; mahkemenin hükmettiği birden çok kısa süreli hapis cezalarından her birini neden farkı birer seçenek yaptırıma çevirdiğini, takdir hakkını kullanırken çelişkiye düşmeksizin açıklayabilmesi şartıyla, buna imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, burada işlenmiş olan her bir suçun “özellği” farklı seçenek yaptırım seçilmesine gerekçe gösterilebilir. Çünkü, esas itibarıyla “suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ve yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık” her bir suç için aşağı yukarı aynı mahiyette kalacak olsa da, işlenmiş her bir suçun “işlenilmesindeki özellikler” birbirinden farklı olabilecektir. Netice olarak; mahkeme takdirde hataya düşmediği ve bunun haklı

⁷⁹⁷ 647 Sayılı Kanunun 1. Fıkrası 2-5. bentlerinde yazılı olanlar kasıt edilmektedir. Çünkü onlara göre ancak bunlar tedbir, 1. bentte yazılı olan ise para cezasıdır.

⁷⁹⁸ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 724.

⁷⁹⁹ “Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğünün 22/51 sayı ve 16.07.1965 Tarihli Genelgesinin 3. Bendinde bu husus belirtilmektedir” (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt II, s. 724, dp. 3.).

gerekçelerini ortaya koyabildiği sürece, buna, imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, iş gücü sahibi olmayan bir sanığın almış olduğu alkolün de etkisiyle işlenmiş olduğu bir suç için verilen cezanın TCK'nın 50/1 (c) gereğince, “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye”, alkolün etkisiyle işlemiş olduğu bir başka suçundan dolayı verilen cezasının ise TCK'nın 50/1 (d) maddesi gereğince, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan” yasaklama yaptırımına çevrilebilmesine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun şartı, verilecek her bir ceza için şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi ve böyle bir cezalandırmanın haklı gerekçelerinin ortaya konulabilmesidir⁸⁰⁰.

B. Seçenek Yaptırımın Bir Başka Seçenek Yaptırıma Çevrilmesi Sorunu

Mahkeme, hükmettiği hapis cezasını şartların bulunması durumunda, TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı olan seçenek yaptırımlardan ancak birine çevirebilir. Bir suç için bir seçenek yaptırım belirlendikten sonra, bunu, artık bir başka seçenek yaptırıma çeviremez. Nitekim, mahkemenin önce cezanın bir katı süre ile birahane, bar gibi içkili yerlere gitmekten ve bu süre ile araç kullanmaktan yasaklanmasına karar verdikten sonra, hükmolunan bu seçenek yaptırımın yeniden TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince adlî para cezasına çevrilmesi ve böylece iki defa seçenek yaptırımın uygulanması Yargıtay tarafından yasaya aykırı bulunmuştur⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ Bu hususta delillerin değerlendirilmesi ile karar verecek olan makam, mahkeme olduğundan, yukarıda belirtilen, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğün 16.07.1965 gün ve 22/51 Sayılı Genelgesinin de, mahkemeyi bağlayıcı bir yanı olamaz. Zira, bu hususun değerlendirilmesi, tamamen mahkemenin takdir hakkı içerisinde olup, konu bütünüyle yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. Ancak böylesine bir takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı Yargıtay denetimine konu edilebilir.

⁸⁰¹ 2. CD, 27.06.2006 gün, 2006/12468 ve 2. CD, 31.01.2007 gün, 2007/1187 (HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 384); aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1142; “Tayin olunan kısa süreli hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50 nci maddesinin 1 nci fıkrası uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilmesi halinde altı bent halinde öngörülen seçenek yaptırımlardan adlî para cezasına veya diğer tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiği ve adlî para cezasına çevrildiği halde ayrıca, mahkûm olunan özgürlüğü bağlayıcı cezanın bir katı süreyle birahane bar gibi içkili yerlere gitmekten ve bu süre ile araç kullanmaktan yasaklanmasına ilişkin tedbirlere de hükmedilmesi yasaya aykırıdır.” 2. CD., 27.06.2006 gün 6101/12468 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 871); Aynı dorultuda kararlar için bkz: 2. CD, 5339/11445 (www.cigm.adalet.gov.tr) (erişim: 17.06.2009); 2. CD, 31.01.2007 gün, 566/1187; Yargıtay'ın bu

C. Seçenek Yaptırım ve Hapis Cezasına Birlikte Hükmetme Sorunu

Bu konu ile ilgili tek hüküm CGTİHK'nın 105/3. maddesidir. Buna göre; “Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez”. Bu hüküm, seçenek yaptırımlardan sadece birinin yani kamu yararına bir işte çalıştırma seçenek yaptırımı ile hapis cezasının birlikte hükmedilmesine engel olmak için tamamen pratik mülhaza ile konulmuştur. Çünkü, hapis cezası verilen birinin ayrıca hükmolunacak kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımını yerine getirmesi imkansız olacaktır. Böylesine bir anlamsızlığı ortadan kaldırmak için hükmün konulmuş olduğunu söylemek gerekir. Ancak, bu düzenleme kanaatimizce yeterli değildir. Eksiktir. Zira, Kanun sadece, “diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde, kamu yararına çalıştırma kararı verilemez” demektedir. TCK'nın 50/1 (c) maddesinde yer olan “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme” seçenek yaptırımı bakımından benzer bir düzenleme Kanunda yer almamaktadır⁸⁰².

Kanaatimizce, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımı da, aynen TCK'nın m. 50/1 (f)'de yer alan, kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımında olduğu gibi, bir hapis cezası ile birlikte hükmolunduğunda yerine getirilemez.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımı ile bir hapis cezasının birlikte hükmolunmayacağına ilişkin ön kabul, bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımı için, ya da TCK'nın 50/1 (b) maddesi gereğince hükmolunacak mağdurun veya kamunun uğradığı zararın “aynen iade veya suçtan önceki hale getirme” seçenek yaptırımları bakımından da söz konusu olabilir. Özellikle “zararın aynen giderilmesi”, hükümlünün, bizzat çalışarak yerine getirmesi şeklinde yerine getirilecek ise, yukarıda belirtilen sakıncalar aynı şekilde var olmaya devam edecektir. Bu nedenle; TCK'nın 50. maddesinde yapılacak bir yasal düzenlemede, bu hususların dikkate

kararları seçenek yaptırımları belirlerken 50. maddenin 1. fıkrasında “altı bent halinde öngörülen seçenek yaptırımlardan” bahsetmesi, 50/1 (a)'da yazılı adli para cezasına da açıkça seçenek yaptırım olarak tanımlaması son derece doğru ve yerinde bir tanımlama olup, seçenek yaptırımları bir bütün halinde görmekte olduğunu da göstermesi açısından dikkate değerdir.

alınmasıyla, yukarıda belirtilen diğer iki seçenek yaptırım bakımından da, CGTİHK'nın 105/3. maddesindeki düzenlemeye benzer bir hükmün getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Seçenek yaptırımın diğer cezalarla toplanıp toplanmayacağı meselesi, görüldüğü üzere hükmolunacak seçenek yaptırımın, diğer cezalarla birlikte infaz edilip edilemeyeceği ile ilgili bir husus olarak ortaya çıkmaktadır.

CGTİHK'nın 105/3. maddesinde yer alan hükmün karşıt anlamından seçenek yaptırım ile TCK'nın 52. madde gereğince hükmolunacak adlî para cezalarına birlikte hükmolunması mümkün görünmektedir.

TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, bir seçenek yaptırım olarak hükmolunacak adlî para cezası, her bir diğer seçenek yaptırım ile birlikte hükmolunabilir. Böyle bir durumda seçenek yaptırımlar farklı olduğundan her biri ayrı ayrı infaz edilecektir. Toplanmalarına karar verilemez.

§6 SEÇENEK YAPTIRIMLARDA TEKERRÜR

1.GENEL OLARAK TEKERRÜR

Tekerrür, bir suçtan dolayı mahkûm olan bir kimsenin, cezasını tamamen çektikten (TCK bakımından mahkûm olduktan) sonra veya ceza kanunî sebeplerden biriyle düştükten sonra, belirli bir süre içerisinde, yeniden, diğer bir veya birkaç suçun işlenmiş olması halidir⁸⁰³.

Ceza Hukukunda tekerrür terimi ile; “bir ceza mahkumiyetine uğradıktan sonra yeniden suç işleyen kimsenin durumu” kastedilir ve bu konumdaki kimseye “mükerrir”, mükerrir olmayana ise “ilk suçlu” denilir⁸⁰⁴.

⁸⁰² Nitekim 647 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönem için ; “...Kanunun 4/3. maddesinde düzenlenen (altı ayı geçmemek üzere bir eğitim kurumuna devam) tedbirin özgürlüğü bağlayıcı cezalarla içtimai söz konusu olmamaktadır” NUHOĞLU, s. 332.

⁸⁰³ TANER, s.481; Bazı hükümlüler, salıvermeyi takip eden 90-120 günlük kritik devre içerisinde, toplumda karşılaştıkları zorluk ve bunalımlar sonucu tekrar cezaevine dönmektedirler. YÜCEL, Kriminoloji, s. 154.

⁸⁰⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1030.

Suçlu, mükerrir suçluluk halinde, kendisini suçun işlenmesine yöneltmekle kalmayıp, benzeri suç olgusunu kompalsif olarak tekrarlattıran kısır döngüye kendini kaptırmıştır⁸⁰⁵.

765 Sayılı TCK açısından; tekerrür fiile ilişkin bir hâl olmayıp⁸⁰⁶, ikinci suçun cezasının ağırlaştırılması neticesini doğuran, failin şahsına ait bir hâl olarak kabul edilmiştir. Yeniden bir suç işlenmiş olması nedeniyle, failin, önceki mahkumiyetten ve uğradığı zarardan uslanmadığını, suç işlemekte inat ve ısrarı ile ahlakî düşkünlüğünün fazlalığını göstermesi sebebiyle, mükerrir, ilk kez suç işleyenlerle bir tutulmamakta, hakkında daha farklı bir işlem yapılmasını gerekli kılan bir hâl olarak kabul edilmekteydi⁸⁰⁷. Bu nedenle, 765 Sayılı Kanun tekerrürü, ikinci suçtan dolayı faile verilecek cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir hâl olarak düzenlemekteydi (m. 81 ve 82)⁸⁰⁸.

Tekerrür, TCK'nın "yaptırımların" düzenlendiği üçüncü kısım içerisinde, birinci bölümde düzenlenen cezalardan sonra gelmek üzere, ikinci bölümde, 58. maddede "suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular" kenar başlığı altında, dokuz fıkra halinde, yani güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlenmiştir⁸⁰⁹.

TCK'nın tekerrürü düzenlemesi biçimiyle, tekerrür dolayısıyla kişinin cezasında artırma yapan sistemden vazgeçilmiş, tekerrür bir cezanın artırılması nedeni olmaktan çıkarılmıştır⁸¹⁰. TCK m. 58 gerekçesinde ; "Kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle

⁸⁰⁵ YÜCEL, Kriminoloji, s. 152.

⁸⁰⁶ 765 Sayılı TCK açısından tekerrür halinin mevcut sayılabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir; Bunlar 1) Bir cürümden dolayı hükmedilmiş olan cezanın tamamen çekilmiş olması veya bu cezanın kanuni sebeplerden biriyle düşmüş bulunması, 2) İkinci bir cürmün işlenmiş olması, 3) Bu ikinci cürmün muayyen bir müddet içinde işlenmesi gerekmekte olup bunlar genel tekerrürün şartları olarak adlandırılmakta, birinci cürüm ile ikinci cürmün aynı cins olması hali ise özel tekerrür olarak isimlendirilmektedir. TANER, s. 488.

⁸⁰⁷ TANER, s. 481-482.

⁸⁰⁸ 5237 Sayılı TCK'da genel tekerrür-özel tekerrür ayrımı ile tekrarlanmış özel tekerrüre ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Buna karşın, milletlerarası tekerrür (TCK m. 58/4) ve çocukların işlediği suçlarla ilgili hükümler (TCK m. 58/5) bulunmaktadır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1031.

⁸⁰⁹ Tekerrür ile güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki bakımından bakınız; TANER, s. 78 : "Ceza ancak sorumlular hakkında tertip olunabilir. Bunların içinde mükerrir olmak gibi kanunun tayin ve tasrih edeceği muayyen şartları ve vasıfları dolayısıyla tehlikeli hâl arz edenler hakkında cezadan ayrı olarak ve nisbî müddetsiz hüküm usulü ile, emniyet tedbirlerinin tatbik olunması ve bu cümleden olmak üzere icabında kendilerinin sosyetenin uzaklaştırılmaları yoluna da gidilebilir"

⁸¹⁰ 5237 Sayılı TCK'nın düzenlemesi bakımından, tekerrür kural olarak cezayı artırıcı bir sebep olarak düzenlenmemiştir. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1031.

belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen suç işlemede gösterdiği kararlılıkla toplum açısından tehlikeliliğini ifade eden tekerrür, kişi hakkında hükmolunan cezanın infaz sırasında dikkate alınacak bir neden ve hatta, infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının nedeni olarak görülmüştür” denilmekle, tekerrürün neden güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlendiği izah edilmeye çalışılmaktadır.

TCK’nın 58/1. maddesine göre; Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra, yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için, cezanın infaz edilmiş olması gerekmez⁸¹¹. Böylece, 765 Sayılı TCK döneminde meydana gelen önceki hükmün tekerrüre esas alınması bakımından infaz edilmiş olup olmaması gerektiği yolundaki tartışmalar sona ermiştir⁸¹². Çağdaş devletler, suça karşı korunmayı çağdaş adalet sisteminin işleyişine dayandırmakta, bunu ise, kolluk gücünü kuvvetlendirerek, adalet mekanizmasının işleyiş hızını artırarak, hafif suçları adalet sistemi dışına çıkartarak, ciddi ve ağır suçların cezalarını artırarak ve daha da önemlisi mükerrirler hakkında ceza uygulamalarını genişleterek ve bunlar hakkındaki ceza uygulamalarının çeşitlendirerek sağlamaya çalışmaktadır⁸¹³.

II. SEÇENEK YAPTIRIM TÜRLERİNE GÖRE TEKKERRÜR

Seçenek yaptırımlar için tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı özellikle önem arz etmektedir. Zira, seçenek yaptırımın bir ceza olma hukukî niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bu cezanın yanı sıra, hakkında seçenek yaptırım uygulanan

⁸¹¹ 765 Sayılı Kanun yürürlükte olduğu dönemde tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, hükmün infazının tamamlanmış olması gerektiği yolunda ; “Şartla tahliye tarihi ile bihakkın tahliye tarihi arasında suç işleyen kişinin cezası tekerrür nedeni ile artırılamaz. Çünkü, infaz tamamen hitam bulmuş değildir” 5. CD, 15.09.1982 gün, 2514/3140, aynı doğrultuda; 6. CD, 25.03.1986 gün, 135/3203; 2. CD, 09.12.1987 gün 9215/9584 Sayılı Kararlar için; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1048-1049;

⁸¹² Bu husustaki tartışmalar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1046-1049; Ayrıca; şartla tahliye tarihi ile bihakkın tahliye tarihi arasında işlenen suçlar için tekerrür hükümlerinin uygulanmamasına gerekçe olarak gösterilen, “bu durumlarda cezanın infaz edilmemiş olması nedeniyle tekerrür hükümlerinin uygulanmaması gerektiği” biçimindeki gerekçeler ÜNVER tarafından eleştirilmiş ve tekerrür hükümlerinin uygulanması için yeniden suç işlenmiş olmasının yeterli görülmesi gerektiği savunulmuştur. Bknz: ÜNVER, Yener, “Şartla Salıverme ve Erteleme”, 21. Yüzyıla GİRERKEN Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Ankara 2001, s. 43.

⁸¹³ DÖNMEZER, Suçun Önlenmesi, s. 79

kimsenin güvenlik tedbirine tabi olup olmayacağı incelenmeye değer bir husus olmaktadır. Esas itibarıyla, ceza dışında uygulanan diğer yaptırım güvenlik tedbiridir ve güvenlik tedbirleri, kanaatimizce, ancak ceza verilemeyecek durumlarda veya cezanın yetersiz kaldığı durumlarda uygulanabilecek olan kanuni yaptırımlardır. Güvenlik tedbirinin bu özelliği yani cezanın verilemediği veya ceza verilmesinin yetersiz kaldığı durumlarda hükmolunması, onu, cezalardan ve özellikle seçenek yaptırımlardan ayırır. Zira, seçenek yaptırımda, kusurlu fiili bulunan sanığa ceza verilmemesi veya cezanın yetersiz kalması nedeniyle kendisine yaptırım uygulanması değil, tam tersine, kendisine kısa süreli bir hapis cezasının verilmesinin bile ağır olarak değerlendirildiği ve bu nedenle, cezanın daha da az bir şiddette uygulanması söz konusu olan bir durum vardır. Bu nedenle, seçenek yaptırımlarda tekerrür hususu ele alınırken, tekerrürün cezanın yetersiz kaldığı ve bu nedenle sanığın (tabiri caiz ise eski bir hükümlünün) daha büyük bir şiddetle cezalandırılması söz konusu olmaktadır ki tekerrürün güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiş olmasındaki temel gaye de bu olmaktadır.

TCK'nın 58/2. maddesine göre; “Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı; a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz”.

Görüldüğü üzere, madde metninden, tekerrüre esas alınacak önceki mahkûmiyetlerin herhangi birer mahkûmiyet değil, nitelikli bir mahkûmiyet hükmü olması aranmaktadır. Bir başka anlatımla, önceki mahkûmiyetin ancak “hapis cezası” ya da “adlî para cezasını” içeren bir mahkûmiyet hükmü olması durumunda, tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır⁸¹⁴.

Konuyu seçenek yaptırımlar bakımından ilgilendiren bir diğer düzenleme ise, TCK'nın 50/5. maddesidir. Zira; bu hükme göre; “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”.

⁸¹⁴ Tekerrürün koşulları, önceki suçtan dolayı hapis veya adlî para cezasına ilişkin bir mahkûmiyet ve mahkûmiyet kararından sonra belirli bir sürenin geçmiş olması biçiminde zikredilmektedir. ZAFER, s. 439.

Bu nedenle konu adlî para cezası ve diğer seçenek yaptırımlar bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

A. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımında Tekerrür

TCK'nın 58/2. maddesi (b) bendinde yer alan “adlî para cezasına mahkûmiyetin”, işlenen bir suç için, bu suçun düzenlendiği kanun maddesinde yer alan ve TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan bir adlî para cezası mı, yoksa belirlenen bir kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince bir seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası mı olduğu hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Yani bir başka anlatımla; tekerrüre esas alınacak olan “adlî para cezası” doğrudan doğruya hükmolunan bir adlî para cezası olabileceği gibi, TCK'nın 50/1 (a) maddesinin uygulanması dolayısıyla bulunmuş bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da olabilir. Nitekim, Kanun koyucunun TCK'nın 50/5. maddesi ile; “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir” demek suretiyle, bunu murad ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hükmolunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası ile doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezası arasında, bu hususta bir ayırım yapılamaz. Her iki tür adlî para cezası da tekerrür açısından dikkate alınacak ve esas itibarıyla önceki suç için verilmiş bir mahkûmiyet hükmü ve bunun kesinleşmiş olması yeterli olacaktır⁸¹⁵.

B. Adlî Para Cezası Dışındaki Seçenek Yaptırımlarda Tekerrür

TCK'nın 58. maddesindeki düzenleme ile TCK'nın 50/5. maddesindeki düzenlemeden; adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar için verilen kesinleşmiş (veya infaz edilmiş de olsa) mahkûmiyetlerin tekerrüre esas alınmayacağı

⁸¹⁵ Kısa süreli hapis cezasının adlî para cezasına çevrildiği durumda asıl mahkûmiyet adlî para cezası olduğu için bu halde de tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekir. ZAFER, s. 439

anlaşılmaktadır⁸¹⁶. Bir başka anlatımla kanun koyucu tekerrüre esas alınacak mahkûmiyet hükümlerini “hapis cezası ve adlî para cezası” olarak sınırlandırmaktadır. Bu sınırlama, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar için esas itibariyle tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı, bunun mümkün olamayacağı anlamına gelmez. Kanaatimizce, esas itibariyle adlî para cezası seçenek yaptırımı dışında kalan diğer seçenek yaptırımları içeren mahkûmiyet kararları da pekala tekerrüre esas alınabilirdi. Bu tamamen kanun koyucunun tercihi meselesidir. Yoksa, seçenek yaptırımların tamamı birer ceza olması nedeniyle, böyle bir ceza ile cezalandırılan kimsenin mahkûmiyet hükmü var demektir ve esasında, TCK’nın 58. maddesinde “hapis cezası” ve “adlî para cezası” açıkça zikredilmek suretiyle, diğer seçenek yaptırımlardan olan mahkûmiyetlerin dikkate alınmaması hedeflenmiştir. Bu maddede, hapis ve adlî para cezası açıkça belirtilmeden mesela sadece “mahkûmiyet” esas alınmış olsaydı, o zaman, seçenek yaptırımın da tekerrüre esas alınması gerekirdi. Bu nedenle, adlî para cezası dışında, diğer suçlardan mahkûmiyet halinde, yani, TCK’nın m. 50/1 b, c, d, e ve f bentlerinde bulunan seçenek yaptırım ile mahkûm edilmiş birinin, hangi tarihte olursa olsun yeniden suç işlemiş olması durumunda, hakkında tekerrür hükümleri uygulanmayacak demektir⁸¹⁷.

Kanaatimizce; adlî para cezası dışında kalan diğer seçenek yaptırımların tekerrüre esas olmaması, yani bu cezalardan biri ile mahkûm edilmiş birinin, yeniden suç işlemiş olması durumunda, tekerrür hükümlerine tabi tutulmaması son derece

⁸¹⁶ “Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağlı hukukî sonuçlar doğmayacaktır” (madde gerekçesi). Kanaatimizce, madde gerekçesindeki anlatım kendi içerisinde tutarlı değildir. Zira; seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, zaten verilen ceza infaz edilmiş demektir. “Bu ceza infaz edilmeyecektir” ibaresi ile anlatılmak istenen, seçenek yaptırımın kendisi yerine konulduğu hürriyeti bağlayıcı cezadır. Böyle bir mahkûmiyete bağlı sonuçların doğmaması ise, 50/5. maddesinde yapılan açık düzenleme nedeniyle olmaktadır. Bu düzenleme yapılmamış olsaydı, bu mahkûmiyete bağlı tüm sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktı. Bu nedenle TCK’nın 50/1. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar bakımından mahkûmiyet hükmünün tüm sonuçlarının ortaya çıkmaması, 50/5. maddesindeki düzenleme sebebiyle olmaktadır.

⁸¹⁷ “5237 Sayılı TCK’nın 50/5. maddesi uyarınca uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbir olduğunun belirtilmesi karşısında asıl mahkûmiyetin çevrilen ‘mağdurun uğradığı zararın tazmin suretiyle aynen giderilmesi’ seçenek yaptırımı olduğu ve bu durumda aynı Kanunun 58/6. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır” 2. CD., 20.02.2007 gün, 10427/2290 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1165-1166).

yerinde ve adil bir uygulama olarak algılanmalıdır. Zira, seçenek yaptırımlar, esas itibariyle, ceza şiddeti bakımından hafif nitelikte cezalardır. Böylesine hafif nitelikteki bir cezaya mahkûm edilmiş birinin, yeniden suç işlemesi durumunda, hakkında, tekerrür hükümlerinin uygulanması, ceza adaleti açısından doğru ve tutarlı olmayacaktır. Yoksa, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların, tekerrüre esas alınmamasında bunların ceza olup olmaması ile alakalı bir mesele olarak değerlendirilemez. Seçenek yaptırımlar birer cezadır ve istenirse yasa koyucu tarafından pekala tekerrüre esas alınabilecek cezalardan sayılabilir. Zira, ceza olma hukukî niteliği buna elverişlidir.

C. Tekerrür Halinde Sonraki Suç İçin Hapis Cezası Seçme Zorunluluğu

TCK'nın 58/3. maddesinde; “Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur” denilmektedir.

Bu hükmün, Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi, “ seçimlik ceza öngörülen bir suça mahkûmiyet halinde, ceza siyasetinin gereği olarak, mükerrirler hakkında, ilk defa suç işleyenlerden farklı hükümler öngören kuralların, hukuk devleti ilkesine aykırı olmayacağı” gerekçesi ile, bunun, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁸¹⁸.

Bu nedenle, burada, adlî para cezası seçenek yaptırımı ile diğer seçenek yaptırımlar açısından açıklığa kavuşturulması gereken asıl mesele, mükerrir suçlu için kanun maddesinde gösterilen adlî para cezasının yanındaki hapis cezası bir zorunluluk olarak seçildikten sonra, yani 58/3. maddesi hükmü uygulandıktan sonra, bulunacak hapis cezasının, kısa süreli bir hapis cezası olması ve diğer şartların da bulunması

⁸¹⁸ “Yasa koyucu mahkûm olduğu halde belli süre içerisinde yeniden suç işleyenler hakkında bu durumda olmayanlara göre daha ağır sonuç doğuran hükümler öngörebilir. Diğer yandan, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların adlî para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilmesi sanık yönünden bir hak olmayıp, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mahkemenin takdir yetkisindedir. Seçimlik ceza öngören bir suça mahkûmiyet halinde, ceza siyasetinin gereği olarak mükerrirler hakkında ilk defa suç işleyenlerden farklı hükümler öngören kuralların hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir. TCK'nın 58. maddesinin 3. fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına” AY Mah.'nin 19.02.2009 gün ve 107/28 Sayılı Kararı.

durumunda, 50/1 (a) maddesinde yazılı adlî para cezası seçenek yaptırımına ve diğer seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği meselesidir.

1. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımı Dışındaki Seçenek Yaptırımlar Bakımından

Öncelikle şunun açıklığı kavuşturulması gerekir ki, böyle bir mükerrir suçlu için elde edilen kısa süreli hapis cezasının 50/1. maddesinde yer alan adlî para cezası seçenek yaptırım dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme olmadığına göre, bir mükerrir suçlu hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezalarının, 50. maddenin 1. fıkrasında yer alan adlî para cezası seçenek yaptırım dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilmesinde, bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz⁸¹⁹. Zira, bunun aksini savunmak, hakkında tekerrür hükümleri uygulanan kimseler için, seçenek yaptırımlara hükmolunmayacağı sonucunu doğurur. Bir başka anlatımla, seçenek yaptırımlar için bir ek koşul getirmek olur ki, bu ise, kanun koyucunun amacına ters düşecektir. Zira kanun koyucu, eğer mükerrir olan suçlu için, seçenek yaptırımın uygulanmasını istememiş olsaydı, bunu, hiç kuşkusuz 50. maddede göstermesi gerekirdi. Bu nedenle, TCK'nın 58/3. maddesindeki sınırlamayı, hükmolunacak hapis cezasından sonraki bir aşamaya da teşmil etmek mümkün görünmemektedir. Aksini savunmak seçenek yaptırımların uygulama alanının daraltmak olur ve kabul edilebilir bir sonuç olarak değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay'ın bu doğrultuda kararı bulunmaktadır⁸²⁰.

⁸¹⁹ Benzer görüş için bkz: ÇINAR, s. 46; İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 187.

⁸²⁰ “Adlî sicil kaydına göre, görevli memura hakaret suçundan verilen ve 16.02.2004 tarihinde kesinleşen tekerrüre esas mahkûmiyeti bulunan sanık hakkında 14.07.2005 tarihinde işlediği ve eşe karşı kasten yaralama suçundan dolayı hükmolunan hapis cezasının aynı Kanunun 58.maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesinde bir isabetsizlik görülmemekle birlikte, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş (para cezasına mahkûm edildiği anlaşılmaktadır) ve suç tarihinde 65 yaşını bitirmiş olan sanığa verilen altı ay hapis cezasının 5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu maddenin, 1. fıkrasında yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi” 2. CD., 12.11.2007 gün, 11758/14806 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1156).

2. Adli Para Cezası Seçenek Yaptırımını Bakımından

TCK'nın 58/3. maddesinde yer alan mükerrir suçlular için sonradan işlenen suçun cezalandırılacağı kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile birlikte adli para ceza da öngörülmüş ise, hapis cezasına hükmolunması gerekliliğine ilişkin düzenleme, kanaatimizce; böyle bir seçim yapıp mükerrir hakkında hapis cezası seçildikten sonra, diğer şartların da var olması durumunda, TCK'nın 50/1 (a) maddesinde yer alan adli para cezası seçenek yaptırıma çevrilmesine de engel değildir⁸²¹. Çünkü, mükerrir hakkında kanun maddesinde hapis cezası yanında adli para cezası var olduğu, yani cezanın seçimlik olduğu durumlarda, hapis cezası seçilmekle mükerrir için başlangıçta, yani cezanın ilk belirlenmesi aşamasında, onun aleyhine bir durum yaratılmaktadır. Fakat bu, diğer şartların var olması durumunda, verilen kısa süreli hapis cezasının da TCK'nın 50/1 (a) maddesinde yazılı adli para cezası seçenek yaptırımının uygulanmasına engel olamaz. Çünkü, mükerrirler hakkında sadece seçimlik cezanın var olduğu hallerde, hapis cezası seçme zorunluluğunun getirilmiş olması, bunun dışında, bir tek adli para cezasının söz konusu olduğu durumlar için mesela bu adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi gibi bir düzenlemenin getirilmemiş olması da kanıt olarak gösterilebilir. Bir başka anlatımla, kanun koyucu, mükerrirler hakkında hiçbir durumda adli para cezasının uygulanmaması gibi bir sistemi kabul etmemektedir. Bir suçun cezası sadece adli para cezası ise, bu suçu işleyen kimse mükerrir de olsa, ona, yine de, adli para cezası bir yaptırım olarak uygulanabilmektedir. Bu nedenle, mükerrir hakkında hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, ister kanun maddesinde seçimlik olarak öngörülmüş olması nedeniyle seçilmek zorunda kalınmış olsun, isterse sadece hapis cezası olarak öngörülmüş olması nedeniyle uygulanmış bulunsun, kısa süreli hapis cezası olarak kaldıktan sonra, diğer şartların da bulunmasıyla, 50. maddede yazılı diğer seçenek yaptırımlar gibi adli para cezası seçenek yaptırımına da çevrilebilir

⁸²¹ Benzer görüş için bkz: ÇINAR, s. 46; Ayrıca bkz: “tekerrür durumunda mahkemenin yasada seçenekli olarak öngörülen hapis ile adli para cezalarından birini seçme özgürü bulunmamaktadır. Yasada seçenekli olarak öngörülmesine karşın hâkim zorunlu olarak hapis cezasına hükmetmek zorundadır. Bu nedenle mahkeme hapis cezasına zorunlu olarak hükmettiği için bu cezayı adli para cezası veya diğer seçenek yaptırımlardan birine çevirebilir” İNCE, Seçenek Yaptırımlar, s. 187.

kanaatindeyiz. Zira böyle bir uygulama kanun hükmünü dolanmak olarak da değerlendirilemez.

Nitekim, Yargıtay verdiği bir karar ile, trafik güvenliğini tehlikeye sokan sanık hakkında verilen hapis cezasının, TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevrildiği halde, 5275 Sayılı CGTİHK'na göre, ancak hapis cezasıyla cezalandırılma halinde uygulama olanağı bulan mükerrirlere ilişkin infaz tedbirlerinin uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur⁸²². Bu kararı ile Yargıtay mükerrirler hakkında hükmolunan hapis cezasının da diğer şartların var olması durumunda seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevrilebileceğini kabul etmektedir.

§7. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA DAVA ve CEZANIN DÜŞMESİ

I. GENEL OLARAK DAVA ve CEZANIN DÜŞMESİ

Seçenek yaptırımlar için dava ve cezanın düşmesi ayrı bir biçimde 765 Sayılı TCK'da düzenlenmediği gibi Yeni TCK'da da düzenlenmemiştir. Esas itibarıyla buna da gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira, dava ve özellikle cezanın düşürülmesi ceza konusunu ilgilendiren bir mesele olduğu için cezaların düzenlendiği yerde ve tüm cezalar için olabildiğince ortak bir şekilde ele alınması son derece doğaldır. Tüm mesele, seçenek yaptırımların bir ceza olup olmadığı ile ilgilidir ve seçenek yaptırımlar ceza olarak kabul edildiği takdirde dava ve özellikle cezanın düşmesi bu yaptırımlar için de söz konusu olabilecek demektir.

Ceza ve davanın düşmesine yol açacak sebepler, TCK'nın 64. maddesinde sanığın veya hükümlünün ölümü, 65. maddede af, 66. maddede dava zamanaşımı, 68. maddede ceza zamanaşımı biçiminde düzenlenmiş, ayrıca, ilgisi nedeniyle 73. maddede

⁸²² “Sanık hakkında trafik güvenliğini kasden tehlikeye sokma suçundan hükmolunan hürriyeti bağlayıcı ceza 5237 Sayılı TCK'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevrildiği halde, 5237 Sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanuna göre ancak hapis cezası ile cezalandırılma halinde uygulama olanağı bulunan mükerrirlere ilişkin infaz tedbirlerinin uygulanması kanuna aykırıdır” 2.CD., 15.02.2007 gün, 9778/2105 (METİNER/KOÇ, s. 1535); Aynı karar için bkz: ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 1168.

soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar ve önödeme ise 75. maddede düzenlenmiştir.

Seçenek yaptırımlarda, dava ve cezanın düşmesi, kanunun koyucunun konuyu ele aldığı biçimde ve tüm cezalar için ortak bir şekilde ele alındığı gibi, sanığın veya hükümlünün ölümü, af, dava ve ceza zamanaşımı bakımından ele alınmalı ve bu sebeplerin özellikle seçenek yaptırımlar için nasıl uygulanması gerektiği (ve neden uygulanamayacağı) üzerinde durulmalıdır.

Tüm bu anlatılanlar dikkatte alındığında seçenek yaptırımlarda dava ve cezanın düşmesi sebeplerinin ayrı ayrı ve sanık ya da hükümlünün ölümü, af ve zamanaşımı olarak adlandırılacak başlıklar altında incelenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

II. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA SANIK VEYA HÜKÜMLÜNÜN ÖLÜMÜ NEDENİYLE DAVA ve CEZANIN DÜŞÜRÜLMESİ

A. Seçenek Yaptırımlarda Sanığın Ölümü Nedeniyle Davanın Düşürülmesi

TCK'nın 64/1. maddesi gereğince; sanığın ölümü halinde, kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Madde metninde yer alan ve sanığın ölümü üzerine düşürülmesine karar verilecek olan kamu davasında, sanığın hangi suçtan yargılanmakta olduğunun önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle, sanığın yargılanmakta olduğu suçu için hangi cezanın verileceğinin az çok belli olması ile bunun hiç belli olmadığı durumlarda, yani kamu davasının hemen başlangıcında veya kamu davası sonuçlandıktan ve fakat verilen karar henüz kesinleşmeden, sanığın ölmesi durumunda, davanın düşürülmesine karar verileceği hususu göz önünde bulundurulduğunda, seçenek yaptırıma hükmedilmesinin (verilmesinin) az çok belli olduğu, mesela, TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya karar verilebilmesi için ilgili birimden çalıştırılacak yerlerin isimlerinin bildirilmesinin istenildiği bir durumda, sanığın ölmesi halinde de, kamu davasının düşürülmesine karar verilecektir. Sanığın ölmesi ile infazı mümkün olmayan bir cezanın hükmolunduğu veya hükmolunması ihtimali olan her hâl için, sanığın ölmesi, kamu davasının düşme ile sonuçlanmasına yol açacaktır. TCK'nın

64/1. fıkrası, 2. cümlesi bunun istisnasını göstermektedir ki, bu da müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler⁸²³ hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunacağına ilişkin hükümdür

Burada tartışılması gereken bir husus, TCK'nın 50/1 (b) maddesinde yer alan mağdur veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımına karar verilmiş ve fakat bu karar henüz kesinleşmemiş ise, bu davanın da düşürülmesine karar verilip verilmeyeceğidir. Zira, böyle bir kararın verilip bunun kesinleşmiş olması durumunda, bu hükmolunan cezanın düşüp düşmeyeceği ile alakalı olup karar kesinleşmeden sanığın ölmesi dava sırasında ölüm, sanığın ölümü olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, karar henüz kesinleşmeden sanık ölmüş ise, mahkeme, zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımının görülmekte olduğu kamu davasının düşürülmesine karar vermelidir. Çünkü, bu bir ceza davasıdır ve verilen karar da bir ceza kararıdır. Böyle bir karar kesinleştirilerek, mesela, sanığın mirasçılarından bunun alınması söz konusu olamaz.

Bunun dışında, diğer tüm seçenek yaptırım cezalarına konu kamu davası hiçbir tereddüde mahal kalmaksızın, sanığın ölümü üzerine düşürülecektir.

B. Hükümlünün Ölümü Nedeniyle Seçenek Yaptırımın Ortadan Kalkması

TCK'nın 64/2. maddesi gereğince; “Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezalarını ortadan kaldırır. Ancak, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunur”

Bu maddede görüldüğü üzere ceza olarak sadece “hapis ve adlî para cezasından” söz edilmekte, diğer seçenek yaptırımlar anılmamaktadır. Bu nedenle, konu adlî para cezası ve diğer seçenek yaptırımlar açısından ayrı ayrı ele alınıp incelenmelidir.

⁸²³ Maddi menfaat ile kastedilen; “eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin düzenlemelerin tatbididir. Nitekim CMK'da müsadereye ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur (CMK m. 223/6, 256 vd)”
ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1055.

1. Hükümlünün Ölümü Üzerine Adlî Para Cezasının Ortadan Kalkması

TCK'nın 64/2. maddesinde hükümlünün ölümü, henüz infaz edilmemiş adlî para cezasını ortadan kaldıracağı açıkça düzenlenmektedir. Burada belirtilen adlî para cezasının, bir suç için kanun maddesinde yer alan ve doğrudan doğruya TCK'nın 52. maddesi gereğince verilen bir adlî para cezası olması ile kısa süreli bir hapis cezasının (taksirli suçlar için uzun süreli de olsa) TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince çevrilen bir seçenek yaptırım niteliğindeki, adlî para cezası olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de, hükmolunan adlî para cezasının, hükümlünün ölümü ile ortadan kalkması gerekir. Adlî para cezaları bakımından, hükümlünün ölümü üzerine, ortadan kalkması için tek önemli şart, bunun henüz infaz edilmemiş olmasıdır. Yani, infaz edilen adlî para cezasına ilişkin bir cezanın geri ödenmesi istenemeyeceği gibi, kısmen infaz edilen bir adlî para cezasının geriye kalan kısımları da hükümlünün ölümü üzerine artık infaz edilemez. Ölümle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekir.

2. Hükümlünün Ölümü Üzerine Diğer Seçenek Yaptırım Cezalarının Ortadan Kalkması

TCK' nın 64/2. maddesi, hükümlünün ölümü üzerine diğer seçenek yaptırımların ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunda bir düzenleme getirmemektedir. Madde metninde, hapis ve adlî para cezası dışında diğer seçenek yaptırımlara yer verilmemiş olması, aslında bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Zira, kanaatimizce, burada hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezası ibaresi yerine sadece “henüz infaz edilmemiş ceza” denilmiş olması yeterli olurdu ve böyle bir durumda, bu ibare, hem tüm hapis cezalarını ve adlî para cezası ile diğer tüm geriye kalan seçenek yaptırımları da kapsar durumda olurdu. Bu nedenle, madde metninde yapılacak bir kanun değişikliği sırasında bu hususun göz önünde bulundurulması ve belirtildiği üzere “hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezası” yerine sadece “henüz infaz edilmemiş ceza” ibaresinin kullanılması gerekir.

TCK'nın 64/2. maddesinde hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezası ibaresinin kullanılmış olması, diğer seçenek yaptırımların, hükümlünün ölümü üzerine, ortadan kalkmayacağı anlamına gelmez. Zira, seçenek yaptırımlar, ceza olmaları nedeniyle, cezanın tüm özelliklerini bünyelerinde barındırırlar ve cezalar şahsî oldukları için, hükümlünün ölümü üzerine, çoğu kez ortada artık infaz edilecek bir ceza kalmaz. Bunun kanun tarafından dile getirilmesi, aslında, doğal olan bir sonucun kabulünden başka bir şey değildir. Bu husus, her bir seçenek yaptırım ele alındığında çok daha net olarak görülebilecektir.

Bu nedenle, örneğin; TCK'nın 50/1 (b) maddesinde yazılı olan zararın tamamen giderilmesi seçenek yaptırımı dışında kalan diğer seçenek yaptırımların tamamı, cezaya hükmolunan şahsın doğrudan doğruya kendisi ile alakalı veya bir başka anlatımla ancak ve yalnızca kendisi tarafından yerine getirilebilecek olan yaptırımlardır ve bunların, hükümlünün ölümü ile ortadan kalması zaten doğal bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Belki, seçenek yaptırımlardan sadece TCK'nın 50/1 (b) maddesinde yer alan, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi seçenek yaptırım bakımından, hükümlünün ölmesinin, yaptırımı ortadan kaldırmayacağı savunulabilir.

Özellikle, tazmin suretiyle zararın tamamen giderilmesi yaptırımı, hükümlü kadar, onun mirasçıları tarafından da yerine getirilebilecek bir yaptırım gibi görünmektedir. Ancak, Kanaatimizce, bu seçenek yaptırım da, diğer tüm seçenek yaptırımlar gibi bir cezadır ve tüm cezalar gibi “şahsî” olmak zorundadır.

Bu nedenle, tüm seçenek yaptırımlar gibi bu seçenek yaptırımın da infaz edilmeyen bir kısmı varsa, hükümlünün ölümü üzerine, bu kendiliğinden ortadan kalkar ve infaz edilemez. Bunun yanı sıra, tüm infaz edilmiş cezalar gibi, cezanın infaz edilen kısmı, hükümlünün ölümü üzerine geriye döndürülemez ve varsa mesela yapılmış ödemelerin, hükümlünün mirasçıları tarafından geri istenilemez.

III. SEÇENEK YAPTIRIMLARDA ZAMANAŞIMI

A. Genel Olarak Ceza Hukukunda Zamanaşımı

Zamanaşımı, genel olarak bir işin üzerinden belirli bir sürenin geçmesiyle o işin artık hükümsüz kalması, ceza hukukunda ise, belirli bir sürenin geçmesiyle devletin cezalandırma hakkının ortadan kalkmasına yol açan bir sebep olarak anlaşılmaktadır⁸²⁴.

Ceza hukukunda zamanaşımı kanunda yazılı sürelerin geçmesi ile devletin cezalandırmak hakkını düşüren bir hâl olarak anlaşılmıca; eğer ceza davası açılmamış ise, bunun açılmasına, açılmış ise, takibine ve eğer mahkûmiyet hükmü verilmiş ise, cezanın infazına mani olması dolayısıyla iki türlü zamanaşımı söz konusu olmaktadır ki, bunlar; dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak isimlendirilmektedir⁸²⁵.

*Beccaria*⁸²⁶ ve özellikle *Bentham*⁸²⁷, zamanaşımı müessesesine esas itibariyle karşıdırlar⁸²⁸. Benzer şekilde Pozitivist İtalyan mektebi⁸²⁹ de zamanaşımına kısmen karşı çıkar ve sırf zaman geçtiği için toplum için zararlı bir kimsenin cezasız kalmasının kabul

⁸²⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1068; ZAFER, s. 402.

⁸²⁵ TANER, s. 668.

⁸²⁶ “işlendikleri bir defa ispat olunduktan sonra, uzun zaman zihinlerden silinmeyen şenî cürümleri işleyip hâlas yolunu kaçmakta bulan canavarların lehine hiçbir mürur zaman mevcut olmamalıdır!” BECCARIA, Suçlar ve Cezalar (Muhittin GÖKLÜ Tercümesi, 2.Baskı), s. 165; “Beccaria ağır suçlarda zamanaşımını kabul etmezken, hafif suçlarda zamanaşımının faile uslanma imkânı vereceğini düşünür” ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1077.

⁸²⁷ “Bu müellif, taksir ile işlenen veya teşebbüs derecelerinde kalan suçlarda müruru zamanı caiz görmekte ise de, ağır cürümlerde müruru zamanı kabul etmek ve binnetice suçlarının semerelerinden, kanunun himayesi altında, faillerinin istifade etmelerine müsaade eylemek, adalet ve ahlaka karşı aleni bir hakareten başka bir şey olmadığını söylemektedir” BENTHAM, Traités de législation civile et pénale, 3. Bası, Cilt II, s.162-163 nakleden; TANER, s. 668.

⁸²⁸ TANER, s.668-669.

⁸²⁹ “...hiçbir müruru zamanı tanımadığımızı mı iddia ediyoruz? Hayır, böyle bir hataya sürüklenemeyiz. Filhakika biz, bazı ahvalde, yani mücrimin kendiliğinden nefsinin ıslah ettiği, içtimaî hayata intibak kabiliyetini kurmaya muvaffak olduğu yeni hayat ve faaliyet kudretiyle bizzat ispat eylediği, şeraiti mevcut olsa da artık yeni bir suç işlemeyeceği kanaatini kuvvetle telkin ettiği hallerde müruru zamanı kabul ve meşru görmekteyiz....keza failleri insiyaki mücrimler sınıfından olmayanlar hakkında müruru zaman tatbik edilebilir. Bunun dışında uslanmaları mümkün olmayan, doğuştan suçlularla, itiyadi suçlular ve mükerrirler hakkında tatbik edilemez....bu sayede mücrimlerin, işledikleri cürümden sonra sırf birkaç sene kendilerini gizleyebilmek hünerini gösterdiler diye adaletin âciz kalmasının, kan akıttıkları meydanlarda yüzüstüce ve küstahça çalım satmalarının önüne geçilmiş olur.” GAROFALO, Baron Rafeale, Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza, (Çev.: Muhittin GÖKLÜ), İstanbul, 1957, s. 357.

edilemez olduğunu savunur. Ancak suçlunun ıslah-ı nefis olduğunun anlaşılması durumunda bunun kabul edilebilir olduğunu söyler⁸³⁰.

Devletin ceza vermek hususunda bir hakkı değil bir görevi olduğunu ileri süren *Kant* ve *Hegel*, bir hakkın zamanaşımı ile düşebileceğini, fakat bir görevin aynı sebeple yerine getirmemesine imkân bulunmadığını iddia etmişlerdir⁸³¹.

Çağdaş ceza hukuku için “ceza zamanaşımı” kendisinden vazgeçilemez bir kurum olarak değerlendirilirse de İsviçre CK’nın gibi bazı Kanunları bazı suçlar bakımından ceza zamanaşımını kabul etmemektedir⁸³². Benzer şekilde Polonya AY’nın 43. maddesi gereğince, savaş suçları ile insanlığa karşı suçlarda zamanaşımı süresi işlememektedir⁸³³. TCK açısından, yurt dışında, millete ve devlete karşı (TCK m. 247-342) işlenen suçun cezasının ağırlaştırılmış müebbet, müebbet hapis ya da on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olması veya böyle bir suçtan dolayı bu cezalara kesin hüküm ile hükmedilmiş bulunması durumunda, TCK m. 66/7., 68/3. maddeleri gereğince, bu suçlar için zamanaşımı süresi işlemeyecektir. TCK’nın 76. ve 77. maddelerinde yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçlar için de zamanaşımı söz konusu olamaz (TCK m. 76/4, 77/4).

Bunun yanı sıra güvenlik tedbirleri açısından da durumun ayrıca ele alınması gerekir. “Prensip olarak tedbirler (AY’nın 38 nci maddesine göre güvenlik tedbirleri) zamanaşımına uğramaz”⁸³⁴. Bununla ifade edilmek istenen güvenlik tedbirleri hakkında zamanaşımı hükümlerinin uygulanabilmesi için Kanunda bu hususta açık bir düzenlemenin bulunması gerekliliğidir.

Nitekim 5237 Sayılı TCK 69. ve 70. maddelerinde bu hususu düzenlemektedir. 69. maddeye göre; cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamanaşımı doluncaya kadar devam edecektir.

⁸³⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1077-1078.

⁸³¹ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt III, s. 245.

⁸³² İsviçre CK’nın 01.01.1983 ve 22.03.2002 tarihlerinde yeniden düzenlenen 75bis maddesi ile bir grup suç bakımından ceza zamanaşımının kabul edilmediği bildirilmektedir. Bknz: ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 918.

⁸³³ ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku, s. 997.

⁸³⁴ DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt III, s. 281. Burada tedbirlerden bahsedilirken 1982 Anayasa’nın 38 nci maddesinin zikredilmesinin asıl sebebi, 765 Sayılı TCK açısından güvenlik tedbirlerinin açıkça düzenlenmemiş olmasıdır.

Kanun, müsadere güvenlik önlemi için ise, 70. maddede ayrı bir zamanaşımı süresi belirlemiştir. Buna göre; “müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilemez”

Görüldüğü üzere; Güvenlik tedbirleri hakkında zamanaşımı ancak güvenlik tedbirinin mahiyetinin buna imkân vermesi ve Kanunun açık düzenlemesinin bulunması durumunda mümkün olabilmektedir. Bunlar dışındaki, güvenlik tedbirleri hakkında zamanaşımı hükümleri uygulanamaz.

Seçenek yaptırımlar bakımından dava ve ceza zamanaşımının geçerli olup olmayacağı hususuna gelince; TCK’nın 50. maddesine mehzaz teşkil eden, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi hükmü yürürlükte iken, bu maddede yer alan benzer nitelikteki yaptırımlar için bu maddede düzenlenen tedbirler açısından uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbir olduğu hususu göz önüne alındığında, bu tedbirler hakkında zamanaşımı kurumunun uygulanmamasının yanlış olacağı, bu tedbirlere esas teşkil eden özgürlüğü bağlayıcı cezanın esas alınarak zamanaşımının burada da uygulanması gerektiği savunulmuştur⁸³⁵. Dikkat edilirse burada 647 Sayılı Kanun 4. maddesinde yer alan yaptırımların birer emniyet tedbiri (güvenlik tedbiri) olduğu tezinden hareket edilmektedir⁸³⁶. Seçenek yaptırımların güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda, bunlar hakkında zamanaşımının geçerli olup olmayacağı hususu tartışılabilir. Ancak, kanaatimizce, seçenek yaptırımlar birer ceza yaptırımı olduğu için, bunlar hakkında, zamanaşımının uygulanması gerektiğinden şüphe etmemek gerekir. Zira, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi yürürlükte iken geçerli olan “uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre hükmedilen para cezası veya tedbirdir” şeklindeki hüküm ile, TCK’nın 50/5. maddesinde yer alan “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir” şeklindeki kuralı, aslında, bu

⁸³⁵ “...emniyet tedbirine esas teşkil eden özgürlüğü bağlayıcı ceza esas alınarak zamanaşımının burada da uygulanması gerekir...” ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 697.

⁸³⁶ Aslında bu tez bile 647 Sayılı Kanun 4 maddesi ve bunun yerini alan TCK 50 nci maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımların birer ceza olduğunun zımnen kabulü anlamına gelir. Çünkü görüldüğü üzere, bunlar bakımından zamanaşımının kabul edilmemesi adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Bu da bu yaptırımların ceza mahiyetinde olmalarından kaynaklanmaktadır. Adı açıkça “ceza” olarak konmasa bile, eşyanın tabiatı gereği ve hukuk bilinci ile adalet hissi bunlar hakkında da zamanaşımının uygulanması gerektiğini söylemektedir.

madde hükümlerine göre verilen seçenek yaptırımların birer “hapis cezası” olmadığı şeklinde anlamak gerekir. Bir başka anlatımla, bu kuralın konulmasındaki esas gaye, hükmolunacak seçenek yaptırımın, bir hapis cezası olarak değerlendirilmemesi, bu seçenek yaptırıma konu teşkil eden hapis cezasından tamamen farklı ve onun özelliklerini taşımadığını ifade etmek içindir. Ancak, bu, onun da bir ceza olma özelliğine hâlel getirmez. Çünkü, bu kuralın getirilmesinin asıl amacı, seçenek yaptırımın niteliği hakkında sanık aleyhine bir durum yaratılmasına engel olmaktır. Bu nedenle, sanık aleyhine bazı sonuçların doğmasına engel olmak için getirilmiş olan bir hüküm yorumlanırken, hükmün amacını aşar biçimde ve sanık aleyhine sonuç doğuracak bir biçimde yorumlamak doğru olmayacaktır. Seçenek yaptırımların birer ceza olarak kabul edilmesi ve cezanın geçerli olan tüm özelliklerinin kendisinde aranması, sanık hakkının korunmasına yönelik bir yorum olacaktır. Zira, seçenek yaptırımların bir ceza değil, güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda, bunlar hakkında zamanaşımının geçerli olup olmayacağının tartışmalı hale geldiği görülecektir⁸³⁷. Oysa çok daha ağır nitelikteki cezaların bile zamanaşımına uğradığını kabul eden bir kanun koyucunun, bu tür bir kısa süreli hapis cezasından bile daha hafif nitelikteki cezanın, zamanaşımına uğramayacağını kabul etmesi düşünülemez⁸³⁸.

Seçenek yaptırımlar bakımından “zamanaşımı” hükümlerinin uygulanması, bunların ceza olma mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu konuda açık bir düzenleme yapılmamış olmasına rağmen, bunlar hakkında zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu nedenle, seçenek yaptırımlar hakkında kural olarak dava ve ceza zamanaşımının geçerli olduğunun kabul edilmesi ve dava zamanaşımı ile ceza zamanaşımı kurumlarının bunlar hakkında nasıl uygulanması gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

⁸³⁷ “...umumi af, müruru zaman, te’cil, kanunun makale şamil olmaması(VIDAL et MAGNOL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire) mevzularında cezalara teretüb eden hükümlerin emniyet tedbirlerine cari olmaması iktiza eder. Meselâ bir suç işlemiş gayrı mesulün –küçük veya akıl hastalığına müptelâ kimsenin- bir müesseseye konması tedbir, o suçtan dolayı umumi af ilân edilmiş olsa dahi tatbik edilmelidir (dp. 2)” TANER, Ceza Hukuku umumi Kısım, s. 574. Bu görüşe tamamen katıldığımızı ifade etmeliyiz. Zira TCK’nın 50. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımların birer ceza olarak kabul edilmesi gerektiği mülahazası tam olarak bundan kaynaklanmaktadır.

B. Seçenek Yaptırımlarda Dava Zamanaşımı

1. Genel Olarak Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı suçun tamamen işlenilmesinden sonra, belirli bir sürenin geçmesinden sonra, dava açılmaması, açılmış bir davaya devam olunamamasıdır. Burada soruşturmanın yapılamaması veya kovuşturmaya devam olunamaması söz konusu olmaktadır⁸³⁹.

TCK'nın 66/1. maddesi gereğince, Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında, kamu davası, bu madde belirtilen sürelerin geçmesiyle düşer⁸⁴⁰. Maddede yazılı sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur⁸⁴¹; seçimlik ceza gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır (TCK m. 66/4)⁸⁴².

2. Seçenek Yaptırımlar Açısından Dava Zamanaşımı

Seçenek yaptırımlar için TCK'nın 66. maddesinde özel bir düzenleme yapılmış değildir. Çünkü, TCK'nın 66/1 (e) maddesinde ;”Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle” dava düşer şeklindeki

⁸³⁸ Güvenlik tedbirleri hakkında zaman aşımının süresinin geçerli olup olmayacağı hususundaki tartışmalar için bkz: NUHOĞLU, s. 70-71.

⁸³⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1081; ZAFER, s. 403.

⁸⁴⁰ Kural olarak her suç için zamanaşımı kabul edilmekle birlikte, 5237 Sayılı TCK'nın 66/7 nci maddesi gereğince; “Bu kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmaz” Bu hükmün karşılığını oluşturan 765 Sayılı TCK'nın 102. maddesinin son fıkrasında ise ; “Bu Kanunun ikinci kitabının birinci babında yazılı ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya müebbet yahut muvakkat ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerin yurt dışında işlenmesi halinde dava müruzu zamanı yoktur” hükmü ise 765 TCK'nın ilk şeklinde bulunmuyordu. 1938 yılında 3531 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile metne ilave edilmişti. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1082-1083 ve dp. 111.

⁸⁴¹ “Tasarıda, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde ağırlatıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan cezanın üst sınırının göz önünde bulundurulacağı belirtilmekteydi. Ancak, yapılan değişiklikle, dosyadaki mevcut deliller itibariyle suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de dava zamanaşımı sürelerinin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır” (Madde Gerekçesinden) TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

düzenleme doğrudan doğruya hükmolunacak adlî para cezası bakımındandır. Yani suçun düzenlendiği kanun maddesinde ceza sadece adlî para cezası olarak gösterilmiş ise, dava zamanaşımı sekiz yıl olarak hesaplanacaktır. Oysa bir seçenek yaptırım olarak hükmolunan adlî para cezası ancak belirlenecek olan hapis cezasının kısa süreli olması durumunda, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince çevrilecek olan bir cezadır ve hapis cezası belirlenmeden, doğrudan doğruya hükmolunacak bir ceza değildir.

Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde seçenek yaptırımların gösterilmemiş olması veya bir başka anlatımla seçenek yaptırım için dava zamanaşımı süresinin belirlenmemiş olması aslında bir eksiklik değildir. Bu, seçenek yaptırımların ceza olma hukukî niteliğinde de bir eksikliğe yol açmaz. Çünkü, aslında seçenek yaptırımlar için bir dava zamanaşımı süresi belirleyebilmek esas itibarıyla güçtür. Bu güçlük seçenek yaptırımların ceza olma özelliğinin olup olmaması ile alakalı değildir. Ancak, bu, seçenek yaptırımların ikinci basamakta hükmolunacak cezalardan olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü, seçenek yaptırıma hükmolunabilmesi için, temelde bir kısa süreli hapis cezasının bulunması gerekir. Yani birinci basamakta öncelikle kısa süreli hapis cezasına ulaşılmadan, ikinci basamakta verilen hapis cezasının seçenek yaptırıma dönüştürülmesi aşamasına geçilemez. Oysa, dava zamanaşımı, mesela TCK'nın 66/1 (e) maddesi gereğince beş yıldan fazla olmayan hapis cezası veya adlî para cezasının öngörüldüğü durumlarda, sekiz yılın geçmesiyle dava zamanaşımı süresi tamamlanmış olmaktadır. TCK'nın 66/4. maddesi gereğince birinci fıkrada belirtilen mesela sekiz yıllık zamanaşımı süresi ise suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurularak tespit edilecek, seçimlik cezası gerektiren suçlarda ise zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınacaktır. Durum böyle olunca dava zamanaşımı seçenek yaptırıma göre değil, seçenek yaptırıma mesned teşkil eden (esas alınacak olan) hapis cezasına göre belirlenecektir. Bu hapis cezası ise eylemin tipikleştirildiği yasa maddesinde gösterilen hapis cezasının üst sınırına göre olacaktır. Mesela, suçun uyduğu yasa maddesindeki hapis cezası söz gelimi, bir ilâ üç yıl hapis cezası ise, dava zamanaşımına esas alınacak olan süre üç yıl hapis cezası demektir. Üç yıllık üst sınırın,

⁸⁴² Bu iki çeşit cezanın yani madde metninde hem hapis ve hem de adlî para cezasının birlikte hükmedilmesi gereken hallerde, zamanaşımının hapis cezasına göre hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir. ARTUK/GÖKCEN/YERİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1090.

TCK'nın 66/1 (e) maddesinde gösterilen beş yıldan fazla olmayan hapis cezası niteliğinde olması nedeniyle, dava zamanaşımı kural olarak böyle bir suç için sekiz yıl olarak saptanacak demektir. Böyle bir yasa maddesinde gösterilen suç için verilecek hapis cezası, örneğin üç yıl olarak (yani üst haddten) belirlendikten sonra, bu hapis cezasına uygulanacak indirim maddeleri gösterilerek, cezası bir yıldan az bir hapis cezası olup olmayacağı veya hakkında 50/1. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı (yani cezasının seçenek yaptırıma çevrilip çevrilmeyeceği) ise, bu aşamada yani dava zamanaşımı süresinin belirlenmesi aşamasında söz konusu olamaz. Bu nedenle, her halükarda dava zamanaşımı yasa maddesinde gösterilen hapis cezasının üst sınırına göre belirlenecektir. Bir başka anlatımla, cezanın belirlenmesindeki birinci aşama, yani hapis cezasının belirlenmesi aşamasında dava zamanaşımı belirlenmektedir. İkinci aşama niteliğinde olan kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi aşamasına geçilemediği için, dava zamanaşımının belirlenmesinde seçenek yaptırımın bir önemi olmamaktadır. Zira seçenek yaptırım belirli bazı suçlar için öngörülen ve suçu düzenleyen yasa maddesinde gösterilen bir ceza olmayıp, cezası bir yıl veya daha az bir miktara gelecek olan tüm suçlar için uygulanması öngörülen ceza niteliğindedir.

C. Seçenek Yaptırımlarda Ceza Zamanaşımı

1. Genel Olarak Ceza Zamanaşımı

İnfaz edilebilir bir cezanın belirli bir sürenin geçmesi nedeniyle infaz edilemez hale gelmesine ceza zamanaşımı denir.

TCK'nın 68. maddesi gereğince, bu maddede yazılı cezalar, yine maddede gösterilen zamanların geçmesinden sonra infaz edilemez. Ceza zamanaşımına uğrayabilecek olan cezalar⁸⁴³ maddede ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası (kırk yıl),

⁸⁴³ "...kesinleşmiş cezaların tümü zamanaşımına uğramaz. Dava zamanaşımının geçerli olmayacağını düzenleyen TCK'nın 66/7. maddesine paralel bir düzenleme TCK'nın 68/3 üncü maddesinde bulunmakta olup, buna göre; 'Bu Kanunun ikinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı yurt dışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz' denilmektedir." ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1112.

müebbet hapis cezası (otuz yıl), yirmi yıl veya daha fazla hapis cezası (yirmi dört yıl), beş yıldan fazla hapis cezası (yirmi yıl), beş yıla kadar hapis cezası ve adlî para cezası (on yıl) olarak gösterilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde ise, “tasarıda ceza zamanaşımı sürelerin geçmesiyle cezaların ortadan kalkacağı oysa yapılan değişiklikle ceza zamanaşımı sürelerin geçmesinin cezayı ortadan kaldırmayacağı, sadece bir infaz engeli oluşturduğu” ifade edilmektedir⁸⁴⁴.

2. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Ceza Zamanaşımı

Seçenek yaptırımlar bakımından ceza zamanaşımı incelenirken durum adlî para cezası seçenek yaptırımı ve diğer seçenek yaptırımlar bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

a. Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımı Bakımından Ceza Zamanaşımı

TCK’nın 68/1 (e) maddesinde ceza zamanaşımı belirlenirken “beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası cezalarının on yıl geçmesiyle” artık infaz edilmeyecekleri belirtilmiştir. Bu madde yer alan ve on yıl geçmesiyle artık infaz edilemeyecek olan adlî para cezasının, işlenen bir suç dolayısıyla, TCK’nın 52. maddesi gereğince, doğrudan hükmolunan adlî para cezası mı yoksa hükmolunan bir kısa süreli hapis cezasının TCK’nın 51/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası mı olduğu kanunda açıkça gösterilmemektedir. Bunun gösterilmemiş olması bir eksiklik olarak nitelendirilemez. Zira Kanaatimizce; ister doğrudan hükmolunan bir adlî para cezası, isterse bir kısa süreli hapis cezasının TCK’nın 51/1 (a) maddesi gereğince çevrilmesi ile oluşan bir seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası olsun, her ikisi de, on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacak ve dolayısıyla infaz edilemeyecek demektir.

⁸⁴⁴ Madde Gerekçesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

b. Adli Para Cezası Dışındaki Diğer Seçenek Yaptırımlar Bakımından Ceza Zamanaşımı

TCK'nın 68. maddesinde, ceza zamanaşımına uğradığı için infaz edilemeyecek cezalar arasında, TCK'nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımlar sayılmamaktadır. Aslında 50. maddede yer alan seçenek yaptırımlar, kanaatimizce, adli para cezasından daha hafif nitelikte cezalar olduğundan, bunlar için de, ayrıca, bir ceza zamanaşımı süresi belirlenmesi ve bu zamanaşımı süresinin mesela beş yıla kadar hapis cezası ve adli para cezaları için belirlenen 10 yıllık ceza zamanaşımı süresinden (TCK m. 68/1-e) daha az bir süre olması gerekirdi. Ancak, bunun yapılmamış olması, bu cezaların da, zamanaşımına uğramayacağı anlamına gelmez. Zira, kanaatimizce, seçenek yaptırımlar birer cezadır ve ceza olmaları nedeniyle, zamanaşımına tabi tutulmaları gerekir. Bir başka anlatımla, her bir ceza gibi belirli bir sürenin geçmesiyle, TCK'nın benimsediği yeni sisteme göre infaz edilmemeleri gerekir.

Adli Para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar için de, ceza zamanaşımının uygulanması gerektiği kabul edildikten sonra, bu yaptırımlar için sürenin belirlenmesi çok daha kolay olacaktır. Zira, seçenek yaptırımların tamamı, aslında, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasından çevrilen cezalar olduğu için, ceza zamanaşımı bakımından kanaatimizce, bu bir yılın veya bir yıldan daha az olan ve seçeneğe esas alınan hapis cezası dikkate alınmalıdır. Kriter böyle kabul edildiği zaman, adli para cezası seçeneğe yaptırım cezası dışında kalan seçenek yaptırımlar için de, ceza zamanaşımı 68/1 (e) maddesi gereğince on yıl olarak bulunacak demektir.

Şunun da açıklığa kavuşturması gerekir ki, TCK'nın 50/3. maddesi gereğince daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, 50. maddenin birinci fıkrasında yazılı seçeneğe yaptırıma çevrilmiş ise, TCK m 68/2 gereğince, fiili işlediği sırada, 15 yaşını doldurmamış olanlar hakkında ceza zamanaşımı süresinin 1/2'si, (5 yıl), 15-18 yaş grubunda olanlar için ise ceza zamanaşımı süresinin 2/3'ü (6 yıl 6 ay) geçtiğinde artık infaz edilemez. Ancak, TCK'nın 68/2. maddesinde, 65 yaşından

büyükler için ayrıksı bir düzenleme olmadığı için, bunların, benzer nitelikteki seçenek yaptırım mahkûmiyetleri için zamanaşımı süresi TCK'nın 68/1 (e) gereğince, 10 yıl olarak uygulanacaktır. TCK m.68/2 metninin bu doğrulda değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

IV. SEÇENEK YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN AF

A. Genel Olarak Ceza Hukuku Bakımından Af

“Cezalar çok sert olmadığı sürece yüce gönüllü olmaya ve bağışlamaya (af’a) gerek kalmaz⁸⁴⁵” diyen *Baccaria*, af kurumuna esas itibariyle karşıdır⁸⁴⁶. Ancak günümüz Çağdaş Hukuk anlayışları bakımından af kendisinden vazgeçilemeyecek bir müessese olarak görülmektedir.

Kelime anlamı bir haktan vazgeçmek olan ”af”⁸⁴⁷, kesinleşmiş veya kesinleşecek cezaların yetkili devlet organlarınca azaltılması veya tamamen kaldırılmasıdır; diğer bir ifade ile af, suç oluşturan fiiler için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş

⁸⁴⁵ BACCARIA, Suçlar ve Cezalar, (Özbayrak Çevirisi), s. 137

⁸⁴⁶ “Suçlulara işledikleri suçlarını bağışlamak ve böylece her suçu cezanın takip etmeyeceğini göstermek demek, vatandaşlarda cezasız kalmak ümidini uyandırmak, ve dolayısıyla affa nail olmayanlara tatbik edilen cezanın adaletin zaruretinden ziyade, zulüm ve zorbalığın eseri olduğu kanaatini yaratmak demektir. Çünkü; suç işlemeği frenleyecek en iyi çare, cezanın şiddeti olmayıp lâkin cezanın gayrı kabil içtinap olduğu (kaçınılmaz bir şekilde uygulanacak olduğu) kanaatinin yerleşmesidir. Bu sebeple bir hakimde aranan teyakuz ve metanet vasıflarının faydalı birer fazilet olabilmesi için, kanunların müşrik ve insanî olması lazımdır. Muedill (ılımlı) bir cezanın mutlaka tatbik edileceği korkusu, tatbikinden kaçınmak ümidini veren şiddetli bir cezadan daima müessir olmuştur. Felâketler ne kadar hafif olursa olsun, muhakkak olunca, insanoğullarını korkutur. Halbuki semanın mukaddes kızı olan ümit, ne kadar seyrek olsa da, cezadan sıyrılabilmek misâlleri karşısında, canının müfekkiresine (fikir dünyasında) mutlaka hâkim olur. Zaafın ve para hırsının şevkile en korkunç cezaların ıstıraplarını hemen daima unutmuş bir halde cürmünü işler” BACCARIA, Suçlar ve Cezalar, (Muhittin GÖKLÜ tercümesi), 2. Baskı, s. 210.

⁸⁴⁷ “Af sözcüğünün batı dillerindeki karşılığı Yunancadır...Yunanca amnaomai hatırlıyorum anlamında olup, bu kelime batı dillerine amnistie, amnesty (af), amnêsie (unutma) olarak geçmiştir. Roma hukuku bu kurumu almış ve batı memleketleri hukukuna devretmiştir. Af yetkisi eski Yunan’da ve özellikle yakın bir savaş tehlikesi karşısında, halkın af yetkisini kullandığı ve o dönemin en büyük cezalarından biri olan sürgün cezasını affederek, şehirden uzaklaştırılan ünlü yönetici ve komutanları geri çağırıldığı, bunların daha önce müsadere edilen mallarının geri verilmesine karar verildiği” anlaşılmaktadır DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 210.

cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen hukukî tasarruflar olarak tanımlanmaktadır⁸⁴⁸.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere; af, genel veya özel olmak üzere iki türlü olabilir⁸⁴⁹: Genel (umumî) af⁸⁵⁰, devletin ceza vermek hakkını kullanmaktan vazgeçmesi demek olduğundan, hem kamu davasını hem de cezayı düşüren bir sebeptir. Özel (hususî) af⁸⁵¹ ise, yalnız cezayı düşüren veya değiştiren yahut hafifleten bir sebeptir⁸⁵². Yani özel af ile genel af arasındaki fark suç veya suçlu sayısı yönünden değil, affın sonuçları bakımındandır. Genel affın etkisi, kesin hükümden önce veya sonra olabilirken; özel af ancak kesin hükümden sonra ve cezanın infazı ile ilgili sonuç doğurmaktadır⁸⁵³.

Seçenek yaptırımlar bakımından af kurumu, özellikle seçenek yaptırımın hükmolunacağı dava ve hükmolunan kesinleşmiş seçenek yaptırım bakımından önemli olup, seçenek yaptırımlar, hukukî nitelikleri itibarıyla ceza olmaları nedeniyle affın etkilenip etkilenmeyeceği incelenmeye değerdir. Mesele, seçenek yaptırıma konu kamu davası ile seçenek yaptırım açısından ve genel af ile özel af hususunda ayrı ayrı değerlendirilerek ele alınmalıdır.

B. TCK’da Genel Olarak Af Kurumu

Af, TCK’nın 65. maddesinde, Kanunun Üçüncü Kısım, Dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümün başlığı “Dava ve Cezanın Düşmesi” şeklindedir. Af, davanın ve cezanın düşmesi sebepleri başlığı altında düzenlenen, sanık veya

⁸⁴⁸ KEYMAN, Selahaddin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara, 1965, s. 149 ; ÖZEK, Çetin, Umumî Af, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.24, Say.1-4, s. 119; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1056.

⁸⁴⁹ SANCAR, Türkan Yalçın, 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları, Anayasa Yargısı, Sayı 18, Anayasa Mahkemesi’ nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (25-26 Nisan 2001), Ankara 2001, s. 159.

⁸⁵⁰ Genel af ya da özel af çıkarma yetkisi Türk Hukukuna göre TBMM aittir. (AY m. 87).

⁸⁵¹ Ayrıca AY m. 104 gereğince ; “Cumhurbaşkanı, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını kaldırmak veya hafifletmek yetkisine sahiptir” ki bu ferdi özel af yetkisi olarak tanımlanmaktadır. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 1064-1068.

⁸⁵² TANER, s. 653.

⁸⁵³ KEYMAN, s. 44; SANCAR, Af, s. 159.

hükümlünün ölümü (TCK m. 64) ve zamanaşımı (m. 66 ilâ m. 72) ile birlikte birer dava ve cezanın düşmesi sebebidir.

TCK'nın 65. maddesine göre; “(1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. (2) Özel af ile, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir.

C. Seçenek Yaptırımların Affı

1. Genel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar

Genel affın, seçenek yaptırımlar bakımından etkisi, seçenek yaptırıma konu suç için açılmış bir kamu davası üzerideki etki ile seçenek yaptırım üzerindeki etkisi ayrı ayrı ele alınmalıdır.

a. Kamu Davası Bakımından Genel Af

TCK'nın 65. maddesi, genel afta, kamu davası ayrımı yapmaksızın, genel af ile açılmış kamu davasının düşeceğini belirtmektedir. Genel af ile tüm kamu davaları, konuları ne olursa olsun düşecektir. Bu açıdan hükmolunacak cezaî yaptırımın niteliğinin önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle, hakkında seçenek yaptırım uygulanması ihtimali bulunan bir kimse hakkında açılmış bir kamu davası da, diğer tüm kamu davaları gibi genel af ile düşecektir. Bu hususta, seçenek yaptırımlara konu kamu davası ile diğer kamu davaları arasında bir ayrım yapılmamaktadır.

b. Seçenek Yaptırımlar Bakımından Genel Af

TCK'nın 65. maddesine göre; “Genel af halinde, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar” Bu düzenleme genel af bakımından, kanun

koyucunun, çok daha geniş kapsamlı olarak hiçbir ayırım yapmaksızın, cezaların, genel af ile ortadan kalkmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Bir yaptırımın, genel af kapsamında olup olmadığını belirlenmesi, bu haliyle, hükmolunan yaptırımın hukukî niteliğinin belirlenmesi ile eş değerde olmaktadır. Bir başka anlatımla, bir yaptırım ceza ise af kapsamında olacak ve eğer ceza değil ise af kapsamında olmayacaktır. TCK'nın sistematığına göre; yaptırımlar ya bir ceza veya bir güvenlik tedbiridir. Bir yaptırımın başka bir hukukî nitelikte olmasına imkân bulunmamaktadır. TCK 65. maddesinde, genel af ile ortadan kalması söz konusu olabilecek olan yaptırımı “ceza” olarak somutlaştırmıştır. Asıl olarak, genel af ile ortadan kalkacak olan “ceza ve bunun neticeleridir”.

Bu nedenle, güvenlik tedbirleri kural olarak genel aftan etkilenmezler⁸⁵⁴. Çünkü, affin kapsamına giren suçları işlemiş olan ve fakat ceza hukuku bakımından sorumlu olamayacakları için mahkûm edilmeyip bir terbiye veya eğitim kurumuna konulmasına karar verilen küçüklerle sağır ve dilsizler hakkında alınan tedbirlerin uygulanmasına devam olunur, bunlar ceza değil, birer güvenlik tedbiri olduğundan, af kanunun kapsamı dışında kalır, akıl hastaları hakkında alınan tedbirler af kanunu ile ortadan kalkmaz⁸⁵⁵.

Yargıtay verdiği bir karar ile ve benzer gerekçelerle güvenlik tedbirlerinin af kapsamı dışında olduğunu belirlemiştir⁸⁵⁶.

Kanaatimizce; Seçenek yaptırımlar açısından konu ele alındığında, genel af ile seçenek yaptırımlar ortadan kalkacağını söylemek gerekir. Bu, seçenek yaptırımların, birer ceza olma hukukî niteliğinden gelir. Seçenek yaptırım, bir başka cezaya bağlanmış

⁸⁵⁴ “...umumi af, müruru zaman, te’cil, kanunun makale şamil olmaması(VIDAL et MAGNOL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire) mevzularında cezalara teretüb eden hükümlerin emniyet tedbirlerine cari olmaması iktiza eder. Meselâ bir suç işlemiş gayri mesulün –küçük veya akıl hastalığına müptelâ kimsenin- bir müesseseye konması tedbir, o suçtan dolayı umumi af ilân edilmiş olsa dahi tatbik edilmelidir” TANER, s. 574, dp 2. Bu görüşe tamamen katıldığımızı ifade etmeliyiz.

⁸⁵⁵ TANER, s. 658. Benzer görüş için bkz: “Mahkûmiyeti izleyen genel af, mahkûmiyet hükmünde yer alan güvenlik tedbirlerini etkilemez; bunun içindir ki, akıl hastaları, küçükler, sağır-dilsizler hakkında hükmedilmiş olan güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına eskisi gibi devam olunur...Ancak, 1930 İtalyan Ceza Kanunda genel affın güvenlik tedbirlerini de ortadan kaldıracağı yolunda hüküm bulunmasına rağmen, doktrin alanında bu hükmün zabıta tedbirlerini kapsamadığı... ifade edilmektedir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 235, dp. 109.

⁸⁵⁶ “...küçük suçlular hakkında 53. ve 54. madde hükümlerine göre hâkim tarafından emredilen emniyet (güvenlik) tedbirleri affın kapsamı dışında kalır. Çünkü, bu tedbirler hedefleri ve nitelikleri bakımından ceza değildirler.” CGK, 19.06.1967 gün, 1967/150 Esas, 1967/158 karar (YAŞAR, Osman, Uygulamada

bir netice değildir. Kısa süreli hapis cezası yerine kaim olmak üzere belirlenmiş bir cezadır ve sanığa bu seçenek yaptırım dışında ve buna bağlı olarak bir başka ceza verilmemektedir. Özetle, genel af, TCK'nın 50. maddesi 1 fıkrasında yer alan a, b, c, d, e ve f bentlerinde yer alan tüm seçenek yaptırımların ortadan kalkmasına yol açar. Bu belirtilen seçenek yaptırımların birer ceza olma hukukî niteliklerinden kaynaklanmaktadır.

2. Özel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar

TCK'nın 65. maddesi 2. fıkrasında ; “özel af ile, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir”. Görüldüğü üzere özel af bakımından yapılabilecek olanlar sınırlanmıştır. Bu nedenle özel affın kamu davası üzerinde etkisi ile cezalar üzerindeki etkisinin ayrı ayrı ele alınması gerekir.

a. Özel Af Bakımından Kamu Davaları

Özel af, ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan “cezalara” etki edebilir. Özel af, kamu davasına tesir etmediği gibi, henüz mahkûm olmamış bir kimse hakkında da, özel af mevzubahis olamaz. Çünkü, davanın sonunda mahkûm olma ya da beraat etme ihtimali vardır. Bu nedenle özel af için kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti bulunmalıdır⁸⁵⁷. Özel af ile ceza mahkûmiyetlerinin süreleri azaltılmaktadır⁸⁵⁸.

Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 861); aynı karar için bkz: NUHOĞLU, s. 75, dp. 270.

⁸⁵⁷ TANER, s. 662.

⁸⁵⁸ Örneğin, Cumhuriyetin onuncu yıl dönümü sebebiyle kabul edilen 26.10.1933 tarih ve 2330 Sayılı Kanun, hükmedilmiş cezaların belirli miktarlarda indirileceğini, genel surette yani suç ismi belirtmeksizin göstermiştir. TANER, s. 662; “Türkiye Cumhuriyetinde ilki 26.12.1923 ve sonuncusu 15.05.1974’te olmak üzere onbir af kanunu çıkartılmış olup bunlardan altı tanesi geniş kapsamlı genel af kanunu niteliğindedir : 1) 2330 Sayılı Kanun, Cumhuriyetin 10 ncü yılı nedeniyle 1933’te yürürlüğe girmiş, cezaevlerinin büyük bir kısmının boşalmasını sağlamış, böylece mahkemelere biriken işler azalmış, ve kabul edilen yeni kanunlar sayesinde adalet sistemi normal haline dönmüştür. 2) 1938 Tarihli 3527 Sayılı siyasi suçlardan hüküm giyenlerle İstiklal Mahkemesi kararıyla mahkûm olanların affı hakkındadır. 3) 14.07.1950 tarih ve 5677 Sayılı Kanun Demokrat Parti iktidarı tarafından çıkartılmıştır. 4) Milli Birlik Komitesi tarafından yürürlüğe sokulan 28.10.1960 tarih ve 113 Sayılı Kanun. 5) 23.02.1963 tarih ve 218 Sayılı Kanun. 6) Adalet Partisinin iktidara gelmesiyle 09.08.1966 tarih ve 780 Sayılı Kanun. 7) Daha

TCK'nın 65. maddesine göre açılmış bulunan kamu davaların veya kovuşturma ve soruşturmaların, özel af ile etkilenmeyeceği, özel affin sadece ve yalnızca, cezalar üzerinde sınırlı bir etkide bulunabilecekleri anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, özel affin kamu davası üzerindeki etkisizliği açısından, kamu davasına konu cezanın bir önemi bulunmamaktadır. Seçenek yaptırıma konu bir kamu davası ile diğer bir kamu davasının her ikisi de özel aftan etkilenmemektedir.

b. Özel Af Bakımından Seçenek Yaptırımlar

TCK'nın 65/2. maddesi gereğince, özel af ile ancak hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir. Bunun dışında, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresinin kısaltılmasına ya da hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar verilebilir⁸⁵⁹.

Bu maddenin gerekçesinde⁸⁶⁰ özel affin mahiyetinin açıkça ortaya konulduğu ve özel affin sadece “hapis cezaları” açısından kabul edilebileceği belirtilmektedir⁸⁶¹.

Kanunun bu açık anlatımı karşısında, özel affin seçenek yaptırımlar hakkında uygulanmayacağı veya bir başka anlatımla, seçenek yaptırımların özel af kapsamına alınmayacağını söylemek gerekir. Zira, seçenek yaptırımlar her ne kadar, kısa süreli hapis cezasından çevrilen daha hafif nitelikteki cezalar ise de, kısa süreli hapis cezaları (veya şartları varsa taksirli suçlar bakımından uzun süreli olanlar da dahil) TCK'nın 50.

sonra Anayasa mahkemesinin iptal kararıyla kapsamı çok genişletilen 15.05.1974 tarih ve 1803 Sayılı Kanun” DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, s. 648.

⁸⁵⁹ “Özel af cezanın infazını ortadan kaldırdığından kural olarak emniyet tedbirlerine uygulanmamalıdır” NUHOĞLU, s. 73.

⁸⁶⁰ “Maddenin ikinci fıkrasında özel affin mahiyeti açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Buna göre; özel af ile sadece hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebileceği, infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılabileceği veya para cezasına çevrilebileceği kabul edilmiştir. Bu sistemde özel af sadece hapis cezaları açısından kabul edilebilecektir...” Madde Gereğesi için bkz: TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

⁸⁶¹ “Özel affin güvenlik tedbirlerine etkisi hakkında kanunumuzda (765 Sayılı TCK) açıklık yoktur ve bu etkinin – kanun veya kararnamesinde aksi yazılı olmadıkça- bulunmayacağını belirten kaynak kanunun (Zannardelli Kanunu) hükmü Kanunumuza (765 Sayılı TCK) alınmamıştır. Kanunumuzda (765 Sayılı TCK) bu yolda bir hüküm bulunmadığına göre, özel affin güvenlik tedbirlerine etkisi olmadığını kabul etmek gerekir” DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III, s. 242. Bunun yanı sıra; artık TCK'nın 65/2. maddesi gereğince, “özel af ile ancak hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir. Bunun dışında hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresinin kısaltılmasına ya da hapis cezasının

maddesinde yazılı şartların gerçekleşmesi durumunda, bir başka nitelikteki cezaî yaptırıma yani seçenek yaptırıma çevrilmektedir. Bu çevirim işleminden sonra, hapis cezası varlığını kaybetmekte, hukuken bunun yerine esas itibariyle seçenek yaptırım geçmektedir. Seçenek yaptırım varlığını bu şekliyle koruduğu sürece özel af kapsamına alınamaz.

Seçenek yaptırımların, özel af kapsamında olmamaları, bu yaptırımların hukukî niteliği ile alakalı değildir. Bu, özel af için tercih edilen cezanın “hapis cezası” olarak belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. Yoksa bu seçenek yaptırımlar da (TCK m. 50/1, a, b, c, d, e, f, bentlerinde yer alan tüm seçenek yaptırımlar ve bu arada bir seçenek yaptırım olarak adlî para cezası da) özel af kapsamına alınabilirdi. Bunun yapılmamış olması, kanaatimizce, esas itibariyle, bir eksikliktir ve gayrı adil neticeler doğurabilir. Zira Özel af ile örneğin hapis cezalarının infaz kurumunda infazı yerine getirilmemekte, bunların süreleri kısaltılabilmekte, oysa, bundan daha az şiddetli bir ceza niteliğinde bulunan adlî para cezaları ile diğer seçenek yaptırımların infazı tam olarak yapılmaktadır. Bir başka anlatımla, cezası daha ağır olanın cezasında kısmen de olsa bir hafifletme meydana getirildiği halde, daha az bir şiddetle cezalandırılmış olan bir seçenek yaptırıma mahkûm edilmiş hükümlünün cezasında, hiçbir indirimle gidilememektedir. Bunun adil olduğunu söylemeye imkân yoktur ve bu, aslında, hala en önemli cezanın, hapis cezası olduğunu kabul etmek ile alakalıdır. Oysa, günümüzde, cezaların şiddetlerinin azalması bir tarafa, yeni cezalar da bulunup kanun koyucu tarafından uygulamaya konulabilmektedir. Bu nedenle, özel affın ceza kanunda yer alan tüm cezaları kapsayabilecek ve belki de ileride düzenlenecek yeni bir takım cezaları (veya seçenek yaptırımları) da kapsayacak bir biçimde kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle; TCK’nın 65. maddenin 2. fıkrasının “Özel af ile cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya cezanın miktarının veya süresinin azaltılması ya da cezanın niteliğinin değiştirilmesi sağlanır” biçiminde bir anlatıma kavuşturulması gerekir.

adlî para cezasına çevrilmesine karar verilebilir” olması nedeniyle özel affın güvenlik tedbirlerine

c. Özel Af Bakımından Adlî Para Cezası ve Adlî Para Cezası Seçenek Yaptırımı

Burada belirlenmesi gereken en önemli meselelerden bir de özel affın, hapis cezasını adlî para cezasına çevirebileceğidir ki bu husus TCK'nın 65. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde yer almaktadır. Özel af ile hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesi durumunda, bu adlî para cezasının, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunacak kısa süreli hapis cezasının çevrilmesi ile bulunan seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasından farklı olduğunu söylemek gerekir. Zira, örneğin; özel af ile hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının süresi gibi bir şart aranmamaktadır. Daha doğrusu böyle bir şartın ancak özel af kanunu ile belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Özel af ile hapis cezasının adlî para cezasına çevrilmesinden farklı olarak, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası bir seçenek yaptırım olduğu için ve seçenek yaptırımdan dönülmesi açısından her ne kadar bir fark kalmamış olsa da⁸⁶² seçenek yaptırımın değiştirilmesi hükümlerine tabi olup olmayacağı tartışılmaya değerdir. Çünkü özel af ile hapis cezasından çevrilerek elde edilen adlî para cezası örneğin diğer seçenek yaptırımlara dönüştürülemez yani TCK'nın 50/7. maddesi bunlar için uygulanamaz.

etkisinin olmayacağına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunduğu ifade edilmelidir.

⁸⁶² 01.03.2008 tarih ve 5739 Sayılı Kanunun 5. madde ile (RG: 01.03.2008 gün ve Sy.26803) 5275 Sayılı CGTİHK'da yapılan değişiklikten sonra, TCK'nın 50. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezasına ilişkin seçenek yaptırım ile TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezasının infazı bakımından esas itibarıyla bir fark bulunmamaktadır..

SONUÇ

Kısa süreli yani bir yıl ve daha az süreli hapis cezası yerine hükmedilebilecek olan seçenek yaptırımlar, TCK'nın 50. maddesinde, Kanunun, üçüncü kısmı içerisinde düzenlenmektedir. Bu kısmın başlığı yaptırımlar olup, birinci bölümde cezalar, ikinci bölümde ise güvenlik tedbirlerine yer verilmektedir. Yani, “yaptırımlar” terimini, hem ceza ve hem de güvenlik tedbirleri için kullanılmakta, seçenek yaptırımları ise cezalar ile birlikte düzenlenmektedir. Seçenek yaptırımlar, suça tepki olarak kanunda yer aldığı ve güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmediği, tersine cezalar ile birlikte düzenlendiğine göre, “düzenlendiği yer itibariyle” ceza olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, TCK'nın 50. maddesindeki düzenlemenin doğru ve kendi içinde tutarlı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Çünkü; biri madde başlığında, diğeri üçüncü fıkrada olmak üzere iki kez “seçenek yaptırımdan”, 5., 6. ve 7. fıkrada ise birer kez olmak üzere üç kez de “tedbir” den bahsedilmektedir. Bu nedenle, yapılacak bir düzenleme ile, madde başlığına uygun olarak seçenek yaptırım (ya da seçenek ceza) teriminin bir bütün halinde kullanılması ve seçenek yaptırımların TCK 45. madde de ceza olarak gösterilmesi gerekmektedir.

Seçenek yaptırımların hukukî niteliği yani bunların, ceza mı yoksa güvenlik tedbiri mi olduğu hususunda Türk Hukukunda fikir birliği bulunmamaktadır. Genellikle, bunlardan sadece adlî para cezası “ceza”, diğerlerinin ise “tedbir” niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Oysa, seçenek yaptırımlar, şahsın hürriyetini kısıtlayan düzenlemelerdir. Bunlar, tıpkı hapis cezası, adlî para cezası gibi, ihlale tepkidir. Bu nedenle, bunlar ceza müeyyidesi olarak kabul edilmek zorundadır. Kaldı ki seçenek yaptırımların, güvenlik tedbiri olarak kabulü yerine, ceza olarak kabulü, kişi hak ve hürriyetlerinin koruması amacına daha uygundur. Bunlar, sınırlı sayıdadır, kıyas yoluyla genişletilemez ve cezaların kanuniliği ilkesi bunlar için de geçerlidir.

Ceza hukukun, ceza dışındaki diğer yaptırımı olan güvenlik tedbirleri, ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmedilen, failin kusuru ile değil, tehlikeliliği ile orantılı olan yaptırımlar olarak dikkate alındığında, ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki belki de en önemli fark; cezanın ancak manevî sorumluluğu bulunan fail hakkında uygulanabilir

bir yaptırım olmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin, sorumlu olmayanlar, cezalandırılmayanlar hakkında da uygulanabilir olması kendisini göstermektedir. Güvenlik tedbirlerinin muhatabı, en başta bir suç işleyerek tehlikeli olduklarını gösteren kişilerdir. Bu kişilere ya ceza verilememektedir ya da verilse bile, ceza tehlikeliliklerini gidermeye yetmemektedir. Oysa seçenek yaptırımlar, suç işlediği sabit olan ve kusurlu olması nedeniyle hakkında hapis cezası uygulanan şahsın aleyhine hükmolun kısa süreli hapis cezası yerine uygulanan yaptırımlar olarak ortaya çıkmaktadır. TCK seçenek yaptırımlar gibi güvenlik tedbirlerini de kabul etmekte ve düzenlemektedir. Güvenlik tedbirleri ve seçenek yaptırımlar birbirlerinden tamamen ayrılmaktadır ki, TCK açısından bu ayrılığı, öncelikle, her ikisinin düzenlendikleri yer açısından görmek mümkündür. Bir yaptırımın, seçenek yaptırım veya güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesinin hiç kuşkusuz en önemli farkı, seçenek yaptırımın ancak ve yalnızca cezalandırılabilir bir eylemi bulunan sanık hakkında uygulanabilir olmasında aramak gerekir. Oysa, güvenlik tedbirleri, toplumsal savunmaya yönelik yaptırımlar olduğu için, sanık kusurlu olmasa da, hakkında güvenlik tedbirine hükmolunabilir. Ayrıca, hükmolunacak ceza veya güvenlik tedbirinin seçiminde uygulanacak kriterler de, bu nedenle, farklılıklar gösterebilmektedir. Fiilin ağırlığının yanı sıra, cezanın kusurla, güvenlik tedbirinin ise failin tehlikeliliği ile orantılı olması gerektiği belirtildiğinde, hiç kuşku yok ki seçenek yaptırım, failin tehlikeliliğine göre değil, failin kusuruna göre belirlenecektir. TCK'nın m.50/1'de yer alan "suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve sanığın suçu işlemesindeki özellikler" biçiminde ifade edilen anlatımın, sanığın tehlikeliliği ile değil kusurluluğu ile ilgili olduğu görülmektedir. Çünkü, TCK m.50/1'de yer alan bu ibarelerin, m.61'de yer alan cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile cezanın takdiri indirim nedenlerini gösteren m.62/2'de yer alan ibarelere benzerliği gözden uzak tutulmamalıdır.

Mahkeme, TCK'nın 61., 62. ile 50. maddelerini uygularken, bu maddelerde yazılı sebepleri, bu sıralama ile kullanacak, ancak bir öncekinde kullandığı aynı nitelikteki bir sebebin adeta tükendiğini göz önünde bulundurarak, bir sonraki madde uygulamasında, bu sebebi kullanamayacaktır (ki buna "sebeplerin tüketilmesi" denilebilir). Çünkü, aynı neden, aynı işlemlerde iki kez (ya da birçok kez) göz önünde

bulundurulamaz. Bunun yanı sıra, TCK m.61’de bir suçun işlenilmesinde özellik olarak belirtilebilecek ne varsa, neredeyse hepsi sayılmış, adeta bir başka sebep bırakılmamış gözükmemektedir. Bu nedenle, hakimın, suçun işlenilmesinde bu sebepler dışında bir sebep bulup, bunu, TCK’nın 50. maddesine uygulama veya uygulamama gerekçesi yapması neredeyse imkânsız gibi görünmektedir. Kaldı ki, mahkeme, TCK 61. maddeyi uygularken, bu yazılı sebeplerden birini veya bir kaçını kullanmış olabilir. Mahkemenin TCK’nın 61. maddesinde yer aldığı halde, uygulama yaparken kullanmadığı bir sebebi, TCK 50. maddenin tatbikinde veya tatbik edilmemesinde kullanması kanaatimizce mümkün görülmelidir. Aksi bir düşünce, 50. maddenin birçok bakımdan uygulanmasını güçleştirir. Kanaatimizce, burada karmaşaya yol açan esas durum, TCK’nın 61. maddesindeki bir eksiklikten kaynaklanmaktadır. Çünkü, 61/3. maddesine göre, “Birinci fıkarda belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz” hükmüne yer verildiği halde, bu hususların, suçun unsuru olmasının yanı sıra, ayrıca, cezanın saptanmasında ölçüt olarak getirilmiş ise, ne olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle, TCK’nın 61. maddesi gibi genel nitelikte bir düzenleme varken, ayrıca seçenek yaptırımın belirlenmesi için TCK’nın 50. maddesinde ayrıca “suçun işlenilmesindeki” özellikler gibi geniş bir ölçüt getirilmesi doğru olmamıştır. Örneğin, TCK m.50/1’deki anlatım, metinden çıkartılsa bile, bu bir eksikliğe sebebiyet vermez. Çünkü, cezaların belirlenmesine, saptanmasına ilişkin kriter, yani TCK’nın 61. maddesi, cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesinde de kullanılabilir. Bu kadar fazla ve birbirini kapsayacak genişlikte ölçütler getirilmesinin, doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Seçenek yaptırımlar ile cezası ertelenen hükümlünün deneme süresi içerisinde yerine getirmesi gereken yükümlülükler ve hükmün açıklanması geriye bırakılanlar için saptanan tedbirler, birbirine benzese de, bunlar, tamamen farklıdır. Zira, deneme süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken yükümlülükler, mahkemece, ayrıca karar verilmiş olması gerekir. Buna karar verilmiş olması, ertelenen hapis cezasını ortadan kaldırmaz. Ceza erteli olarak var olmaya devam eder ve ancak 51/8. maddesi gereğince deneme süresinin iyi hâlli olarak geçirilmesinin sonunda, ceza infaz edilmiş sayılır. Burada infazı yapılmış olan cezadan kasıt, hükmolunan hapis cezasıdır. Aynı şekilde, hükmün

açıklanmasının geriye bırakılması nedeniyle 231/8. maddesi gereğince, belirlenen yükümlülüklerde tedbir niteliğindedir. Oysa seçenek yaptırım olarak, kısa süreli hapis cezasının yerine hükmolunan seçenek yaptırımın (veya Kanunun buna tedbir demiş olsa bile) kendisi cezadır. Bunun yerine getirilmesi ile birlikte seçenek ceza da yerine getirilmiş sayılır ve uygulamada asıl mahkûmiyet hükmü, bu seçenek yaptırımdır (TCK m. 50/5).

Seçenek yaptırımlar ile hükmolunan hapis cezasının ertelenmesi nedeniyle, hükümlünün, uymakla zorunlu kılındığı tedbirler (TCK m. 51/4) arasındaki en önemli farklardan biri de, bunların, infazı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Seçenek yaptırımın tekrar hapis cezasına çevrilmesi durumunda, hapis cezasından mahsubu gereken miktar, seçenek yaptırımın infaz edilen kısmı dikkate alınarak yapılacaktır. Hapis cezasının ertelenmesi durumunda ise, mahsub işlemi yerine getirilen tedbirin süresine göre değil, erteleme süresinin suç işlenilmeden geçirilen kısmı dikkate alınarak belirlenecektir. Bu da seçenek yaptırımın ceza olduğunu göstermektedir. Çünkü, seçenek yaptırımın infazı, hapis cezasının infazı gibi değerlendirilmektedir.

Hapis cezasının kısa süreli olup olmadığı, hakim, somut olayda hüküm altına aldığı hapis cezasının miktarına bakılarak belirlenecektir. Her biri bir yılı geçmeyen hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilip çevrilmeyeceğinin ayrı ayrı karar yerinde tartışılması gerekir.

Seçenek yaptırımlar için, TCK'nın 49. maddesinde tanımı yapılan, kısa süreli hapis cezası için bir yıl ve daha az süreli hapis cezasının kabul edilmesi doğru olmamıştır. Zira, bu süre, seçenek yaptırımların uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Kanaatimizce, bunun bir yıl değil, en az iki yıl olması gerekmektedir.

Seçenek yaptırıma çevrilecek hapis cezasının ayrıca seçenek yaptırıma dönüştürülebilir nitelikte olması gerekir. Bunlar ise, hapis cezasına alternatif olarak adlî para cezasının öngörülmemiş bulunması (TCK m.50/2) ile hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine veya tamamına çevrilmesinin özel bir yasa hükmü nedeniyle yasaklanmamış bulunmasıdır.

Uygulanacak kanun maddesinde, hem hapis ve hem de adlî para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü durumlarda, TCK'nın 50/3. maddesi hükmü ile getirilen

seçenek tedbirlere çevirme zorunluluğu, TCK’nın 50/2. maddesi hükümü ile getirilen adlî para cezasına çevirme yasağına üstün tutulmalıdır. Böylesi bir durumda, nasıl ki tüm seçenek tedbirlerden birine hükmetmek bir yasal zorunluluk ise, hakim, bu durumda da, bir seçenek yaptırım olarak adlî para cezasına da hkmedebilmelidir.

TCK, 5. maddesi ile “bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükümüne yer verdiğinden, bu durumda, özel kanun değil, TCK’nın uygulanması ve söz konusu cezaların, 50. maddede belirtilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi gerektiği savunulmuştur. Oysa, TCK’nın 5. maddesinin diğer yasa maddelerinden üstün bir yanı olamaz. Bu madde bir anayasa normu değildir. Bu nedenle, kanaatimizce, TCK’nın genel hükümlerine aykırı olan kanuni düzenlemeler varlıklarını korumaya devam etmekte olup, seçenek yaptırımlara çevirme yasağı var ise bunun dikkate alınması gerekmektedir.

5728 Sayılı Kanun ile değişik CMK m. 231 gereğince, 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezasını içeren hükümlerin açıklanması geri bırakılabilir. Maddenin 7. fıkrasında ise açıklanması geri bırakılan hükümde, mahkûm olunan hapis cezasının ertelenemeyeceği ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği belirtilmektedir. Kanaatimizce, bu düzenleme bile ismi ceza olarak konulmasa da seçenek yaptırımların, birer ceza olarak anlaşıldığının iyi bir delilidir. Çünkü, bu hükme göre; açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez. Bunun yanı sıra, ertelenemez nitelikte görülen diğer ceza ise, hükmolunan seçenek yaptırımlardır. Burada, hapis cezası ile seçenek yaptırımın, nasıl aynı bir tek hukukî kadere tabi oldukları görülmektedir. Çünkü, seçenek yaptırımlar güvenlik tedbiri değildir. Cezadır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile hükümün hukukî bir sonuç doğurmaması için burada hapis cezası ve seçenek yaptırımın zikredilmesi bir zorunluluğun ifadesidir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması bunu zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır. Nitekim bu husus Yargıtay CGK kararında, “cezaî nitelikte bir ilişkiyi sona erdiren düşme nedeni” ibaresi ile ifade edilmektedir. 6008 Sayılı Kanun ile CMK m. 231/11. fıkrasında yapılan değişiklik sonrasında, hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasının sanığın bunu kabul

etmesi şartına bağlanmış olması bile, cezai ilişkinin mahiyetinde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü, asıl önemli olan, ilişkinin cezai bir ilişki olarak tanımlanmasıdır. Seçenek yaptırıma hükmolunması ve hükmün açıklanmasının geriye bırakılmaması durumunda cezai ilişkinin kurulduğu, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması durumunda ise seçenek yaptırıma hükmolunamayacağı için cezai ilişkinin kurulamadığı kabul edilecektir.

TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince, hapis cezası yerine hükmolunacak adlî para cezası seçenek yaptırımının, diğer seçenek yaptırımlara nazaran bir önceliği yoktur. Kanaatimizce, doğrudan doğruya hükmolunan adlî para cezasının da diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi hususunda gerekli yasal değişikliğin yapılması gerekmektedir.

TCK m. 50/1 (b)' de yer alan mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımı, özellikle maddi ceza hukuku içerisinde zararın giderilmesi için başvurulacak en keskin ve sonuca götürücü yollardan biridir. Mağdurun zararının giderilmesi seçenek yaptırımında, mağdur, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukukî değer veya menfaatin hamili, yani, suçla zarara uğrayan kimse, bizzat suçun mağduru olan kişi olarak anlaşılmalı ve hüküm genişletilerek yorumlanmamalıdır. Kanun, kamunun uğradığı zararın da giderilmesi imkânını tanıdığı için hükmün uygulama alanı genişlemiştir. Ancak, “kamunun uğradığı zarar” ibaresi soyuttur. Bu nedenle, bu ibareden “kamu idaresinin uğradığı zararın” anlaşılması gerekir. Maddede “zararın tamamen giderilmesi” denildiği için, kısmen iade, söz konusu edilemez. Mağdurun zararından kast edilen “maddi zarar” dır. Bunun aksi yönünde görüş bildirilmiş olmasına rağmen, kanaatimizce, maddi zarar dışında manevî bir zararın, bu seçenek yaptırım yolu ile giderilmesi mümkün değildir. Zararın giderilmesi yolları tazmin hariç hep maddi zararın giderilmesine imkân tanıyacak şekildedir. Manevi zararın da giderilmesinin istenilmesi durumunda bunun nasıl olacağının belirlenmesi, mesela, “ilân” ya da “suçtan zarar görenden özür dilenmesi” gibi bir yöntemin gösterilmesi gerekir. Aksi bir düşünce, seçenek yaptırımın türlerini genişletmek anlamına gelir ve bu cezanın kanuniliği ilkesini zedeler.

Bir eğitim kurumuna devam etmek seçenek yaptırımının süresi en az iki yıl olmalıdır. Üst sınırın belirtilmemiş olmasının, yaptırımı, güvenlik tedbirine yaklaştırdığı

iddia edilmiş ise de, bu yaptırım da, diğer seçenek yaptırımlar gibi bir ceza yaptırımıdır. Mahkeme, bir üst sınır belirlenirken, hiç kuşku yok ki, objektif durumun gerektirdiği şartları dikkate alacak ve bunu re'sen belirleyecektir. Ancak, yaptırımın bir ceza olduğu hususu da dikkate alınacak olursa, bir üst sınırın belirlenmesi uygun olacaktır.

Eğitim kurumuna devam zorunluluğu, sanığın, bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla yapılmalıdır. Bu seçenek yaptırım, ancak bir meslek ve sanatı bulunmayan sanıklar hakkında uygulanabilir. Eğitim kurumunun mutlaka “bedelsiz” olması gerekir.

Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırım ile karıştırılmaması gereken bir yaptırım ise, CMK 231/8. maddesi (c) bendinde yer alan denetimli serbesti tedbiridir. İki düzenleme arasında kendisini gösteren en önemli farklardan biri, seçenek yaptırımın ceza olması nedeniyle bir etkinliğin yapılması, yerine getirilmesi yani hükümlünün aktif bir faaliyette bulunmasına karar verilemez, bunun aksi cezaların kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Oysa, tedbir niteliğinde bir yere gitmekten yasaklamanın yanı sıra, belli yerlere devam etme yükümlülüğü de söz konusu olabilmektedir. Bir diğer önemli fark ise, mahkeme denetimli serbestlik tedbiri olarak durumun elverdiği bir başka yükümlülüğe de karar verebilmektedir. Oysa, seçenek yaptırımın ceza olması nedeniyle, hakim böyle bir takdir hakkından söz edilemez.

Bazı etkinliklerden veya belirli bazı yerlere gitmekten yasaklama seçenek yaptırımı uygulanırken, zaten ahlâken ya da kanunen yasaklanmış bir etkinlik veya girilmesi zaten yasak olan bir yere gitmekten yasaklama şeklinde bir seçenek yaptırımı hükmolunamaz. Gidilmesi yasaklanan yer veya yapılması yasaklanan faaliyet, her halde, her yer veya faaliyet değil; sadece fail için, işlediği suçta, kriminojen ortam oluşturan yer veya faaliyet olmalıdır.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımı ile karıştırılmaması gereken diğer bir düzenleme; CGTİHK m. 105/4 gereğince, iki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını, ücretsiz olarak, kamuya yararlı bir işte çalıştırılması suretiyle yerine getirmeleridir. Bunun

dışında, Hukukumuzda düzenlenen üç ayrı yerdeki çalıştırma da, esas itibariyle, ücretli çalıştırmadır ve kamuya yaralı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımından tamamen farklıdır. Bunlardan birincisi, TCK'nın 51/4 (b) maddesi gereğince, cezası ertelenen meslek sahibi hükümlünün, deneme süresi içerisinde; bir kamu kurumunda veya bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında, çalıştırılmasıdır ki, bu bir güvenlik tedbiridir. İkincisi, CMK m.231/8 (b) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, sanığın denetim süresi içinde, ücret karşılığında çalıştırılmasına ilişkindir. Bu da bir denetimli serbestlik tedbiridir. Üçüncüsü ise CGTİHK m.107/7 gereğince, hükümlünün infaz kurumunda öğrendiği mesleği, bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığı ifa etmesi ile ilgilidir ki bu da hapis cezasının farklı bir biçimde infaz edilmesi ile alakalıdır.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımları için, hükmolunacak seçenek yaptırımların süresi hususunda, Kanundaki “bir katına kadar” biçimindeki ibarenin bir birim cezanın kendisi, bir birim ise cezanın katı olmak üzere iki birim olarak anlamak gerekir. Yani, hükmolunan kısa süreli hapis cezası, mesela bir yıl ise bu süre en az altı ay ve en fazla bir yıl değil, iki yıl olarak anlaşılmalıdır. Aksi takdirde, maddenin “hükmolunan ceza veya yarısı kadar” biçiminde kaleme alınması gerekirdi. Anlatım biçiminin basit ve sade olduğu söylenemez. Düzeltilmesi gerekir.

TCK m.50/5 gereğince, “Uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”. Bu düzenleme, erteleme, hak yoksunlukları ve tekerrür bakımından etkisini göstermektedir.

TCK m. 51 gereğince, hapis cezasının ertelenebilmesi için, suçlunun daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla “hapis cezasına” mahkûm edilmemiş olması gerekir. Onun için, önceki mahkûmiyet eğer adlî para cezası seçenek yaptırımı da dahil olmak üzere bir seçenek yaptırım ise, hapis cezası, ertelenebilecektir.

Seçenek yaptırımlardan ancak adlî para cezası seçenek yaptırımına hükmolunması ve suçun, yoksun bırakılmaya konu hak ve yetkilerden (m. 53/1) birinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş olması durumunda, hükmolunan adlî para

cezasının belirlenmesinde esas teşkil eden hapis cezasının yarısından bir katına kadar bir süreyle belirtilen hak veya yetkinin kullanılmasından yasaklamaya karar verilir. Diğer seçenek yaptırımlara hükmolunması durumunda hak yoksunluğuna hükmolunamaz. Bu seçenek yaptırımların ceza olup olması ile alakalı değildir. Seçenek yaptırımlar birer ceza olmakla birlikte, bu cezaların şiddetini de dikkate alan kanun koyucu, bu cezalar yanında, sanığa hak yoksunluğu hükmedilmesini uygun görmemektedir.

Tüzel kişiler hakkında seçenek yaptırıma hükmolunamaz. Bu seçenek yaptırımların ceza olması ile alakalıdır. Tüzel kişilerin, suç faili sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle, cezaî sorumluluk, suç teşkil eden eylemi icra eden gerçek kişiye ait olmalıdır. Tüzel kişi aleyhine hapis cezası verilemeyeceği için, TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlara da hükmolunamaz. Bunun yanı sıra, özel hukuk tüzel kişinin, organ veya temsilcisi durumunda bulunan gerçek kişi için, hükmolunan hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinde, diğer yasal şartların da var olması koşuluyla bir engel bulunmamaktadır. Özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet (seçenek yaptırım ile mahkûmiyet de olabilir) halinde, kamu kurumunun verdiği iznin iptaline karar verilir (TCK m.60/1). Aynı şekilde tüzel kişi aleyhine müsadereye de hükmolunabilir (TCK m.60/2). Ancak bu husus yalnızca kanunun açık düzenleme getirdiği durumlarda söz konusu olabilecektir (TCK m. 60/4).

Adlî para cezası seçenek yaptırımı ile mahkûmiyet kararlarına karşı yapılacak kanun yolu başvuruları ile ilgili olmak üzere; 647 Sayılı CİHK'nın 4. maddesinde bulunan “bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” düzenlemesi, TCK'ya alınmadığı için, TCK'nın 50/1 (a) maddesi gereğince hükmolunan adlî para cezası seçenek yaptırımı açısından genel hükümler geçerli olacak, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da, doğrudan hükmolunan adlî para cezası gibi ikimilyar (ikibin) lirayı aşmıyorsa (ikimilyar, ikibin dahil) kesin ve temyiz edilemez olarak kabul edilecektir. Ancak, Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili olarak hapisten çevrili adlî para cezalarının nitelikleri ve kişi bakımından sonuçlarını göz önüne alarak ve bunları da kapsayacak biçimde temyiz yoluna getirilen parasal sınırın, Anayasa'ya

aykırı olduğuna karar vermiştir. İptal edilen hükmün doğuracağı yasal boşluğun doldurulabilmesi bakımından iptal hükmünün bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, ancak, Yasa koyucu, henüz bir düzenleme getirmemiştir. Kanaatimizce bundan sonra, Anayasa mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı ışığı altında, yeniden bir temyiz sınırı belirlemekle birlikte, TCK’nın 50/5. düzenlemesi içerisine “bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez” biçiminde bir yasal düzenlemenin getirilmesi gerekir. Böyle bir düzenleme ile doğrudan hükmedilen adlî para cezaları için bir temyiz sınırı getirilse bile, seçenek yaptırım olarak hükmedilen (veya Anayasa mahkemesi kararında belirtildiği biçimiyle haptiden çevrili adlî para cezası için) temyiz (Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçtiğinde, istinaf) kanun yolu kapatılmamış olacaktır.

Adlî para cezası dışındaki diğer tüm seçenek yaptırımlar bakımından, bu seçenek yaptırımları içeren kararlar, temyiz edilebilir niteliktedir.

5739 Sayılı Kanun ile, TCK m.50/6, CGTİHK m.106/4. ve m.106/9’de değişiklik yapılmış, CGTİHK m. 106/10 ise yürürlükten kaldırılmış, böylece, TCK’nın 52. maddesi gereğince verilen adlî para cezası ile seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası arasındaki infaz farklılıkları giderilmiştir. Bu nedenle, adlî para cezası seçenek yaptırımının ödenmemesi durumunda yapılacak olan hapse tahvil işlemi artık TCK’nın 50/6. maddesi gereği hakim kararı ile değil ve fakat, CGTİHK’nın 106/3. maddesi gereğince, Cumhuriyet başsavcılığınca yapılacaktır. (Böylece TCK m.50/6’de yer alan “Kısa süreli hapis cezası” ifadesi kendiliğinden doğru ve tutarlı bir anlama kavuşmuştur). Buna göre; adlî para cezası seçenek yaptırımının hapse çevrilmesi, CGTİHK’nın m. 106/2., 3., 4., ve 6. fıkralarına göre olacak, bu hapse tahvil kararının hukukî sonuçları bakımından ise, aynı Kanunun 8., 9. ve 11. fıkraları uygulanacaktır.

5739 Sayılı Kanunun 5. maddesi ile CGTİHK’nın 106/4. maddesi değiştirilmiş olup, bu madde gereğince, çocuklar hakkında hükmolunan adlî para cezası (seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da dahil olmak üzere) ödenmediği takdirde, bu ceza, hapse tahvil edilemeyecektir. Kanaatimizce, yapılan değişikliğe nazaran madde, yine de bir yönüyle eksik kalmıştır. O da, hükümde çocuklar belirtildiği halde, 65

yaşından büyüklerin zikredilmemiş olmasıdır. Yapılacak bir yasal düzenleme de bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

TCK'nın 50/6. maddesi gereğince; "hükmü veren mahkemece, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilir ve bu karar derhal infaz edilir biçimindeki anlatımda yer alan "bu karar derhal infaz" edilir biçimindeki ifade doğru ve hukukî değildir. Çünkü, seçenek yaptırımın hapse tahvil edilmesinden sonra amaçlanan hapsin infazının ertelenememesi ise bunun açıkça "hapis cezasının infazı ertelenemez" biçiminde olması gerekirdi. Hapsin, TCK'nın 51. maddesi gereğince ertelenmesine engel olunmak isteniyorsa, o zaman da, "hapis cezası ertelenemez" denilmesi gerekirdi. Çünkü bunlar, aynı şey değildir. Kanaatimizce, bu ifadeden anlaşılması gereken, hapis cezası için infazın ertelenemeyeceği, yani bu hapis cezası için mesela CGTİHK'nın 17. maddesi hükmünün uygulanamayacağıdır. Bunun yanı sıra, bu hapis cezasının, TCK'nın 51. maddesi gereğince diğer şartların da var olması durumunda ertelemeye konu edilebilmesi gerekir.

TCK'nın 50/6. maddesinde, seçenek yaptırımdan dönülerek tekrar hapis cezasına hükmolunabilmesi (hapse tahvil) için, seçenek yaptırıma ilişkin hükmün, kesinleşmesi bir şart olarak düzenlenmiş iken TCK'nın 50/7. maddesinde, seçenek yaptırımın bir başka seçenek yaptırıma çevrilmesi için bu husus bir şart olarak gösterilmemektedir. Bu nedenle, seçenek yaptırımın değiştirilmesini gerekli kılan bir hâlin ortaya çıkması durumunda, kararın kesinleşmesi beklenilmeden, bir ek karar ile, seçenek yaptırım bir başka seçenek yaptırım ile değiştirebilecektir. Bu aşamada her bir seçenek yaptırım yeniden düşünülebilir. Ancak hükmolunan yeni seçenek yaptırımın, daha önceki seçenek yaptırımdan gerek şartlar ve gerekse süre olarak daha ağır olmamasına özen gösterilmeli, adlî para cezası seçenek yaptırımına hükmolunamayacak hâl varsa, ikinci kez seçenek yaptırıma hükmolunması sırasında da, bu yasağa dikkat edilmelidir.

Seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının, hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi (ödenememesi) durumunda, hükmü veren mahkemece bu seçenek yaptırımının da diğer seçenek yaptırımlarda olduğu gibi bir başka seçenek yaptırıma çevrilebilir olduğu savunulmuş ise de, kanaatimizce, bu günkü yasal düzenleme karşısında buna imkân bulunmamaktadır. Buna sebep, TCK'nın 50/7.

maddesinde yer alan “tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir” biçimindeki anlatımdır. Zira, burada kullanılan “tedbir” tabiri ile adlî para cezası dışında kalan diğer seçenek yaptırımlar kast edilmektedir. Ancak bunun doğru ve haklı bir çözüm tarzı olduğunu söylemeye imkân yoktur. Çünkü, adli para cezası seçenek yaptırımının yerine getirilememesi yani istem dışı ödeyememe durumunda, bu seçenek yaptırımın da diğer seçenek yaptırımlar gibi mahkemesince değiştirilebilmesine imkân tanınması gerekirdi. Bu günkü düzenleme karşısında, kendisine adlî para cezası seçenek yaptırımı uygulanmış biri ile, diğer seçenek yaptırım uygulanmış kimseler arasında, seçenek yaptırımların yerine getirilememesi durumunda, adil olmayan sonuçlar doğabilmektedir. Bunun için TCK’nın 50/7. maddesinde yazılı tedbir sözcüğünün adlî para cezası niteliğindeki seçenek yaptırımı da kapsar bir biçimde “seçenek yaptırım” olarak değiştirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Çağdaş ve insancıl bir hukuk anlayışı bunu gerektirir. Bunun yanı sıra, olması gereken hukuk bakımından; sadece seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezasının değil, TCK m.52 gereğince hükmolunan adlî para cezasının da yerine getirilmesinin çok zor veya imkânsız olacağı, ya da Alman Hukukunda ifadesini bulduğu üzere, “bunun yerine getirilmesinin hükümlü için hakkaniyete aykırı ağır bir durum meydana getirecek hallerde” bir başka seçenek yaptırıma çevrilebilmesine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Bir suç için bir seçenek yaptırım belirledikten sonra, bunun, adlî para cezası seçenek yaptırımı da dahil olmak üzere artık bir başka seçenek yaptırıma çevirilmesi söz konusu olamaz. Bunun yanı sıra, mahkemenin hükmettiği birden çok kısa süreli hapis cezalarından her birini, neden farklı birer seçenek yaptırıma çevirdiğini, takdir hakkını kullanırken çelişkiye düşmeksizin açıklayabilmesi şartıyla, buna, imkân tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Seçenek yaptırımlardan benzer nitelikte olanların infazda kolaylık sağlaması bakımından toplanması söz konusu olabilir ise de, seçenek yaptırımlar da, kural olarak cezalar gibi toplanamaz. Ayrıca, seçenek yaptırımın ayrı, hükmolunan diğer hapis veya adlî para cezasının ayrı infaz edilmesi gerekmektedir. Burada önemli bir konu, kanaatimizce, CGTİHK m.105/3 hükmüdür. Buna göre ; “Diğer bir hapis cezasına

hükmedildiğinde kamu yararına çalıştırma kararı verilemez”. Ancak, bu düzenleme, kanaatimizce eksiktir. Zira, kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımı ile bir hapis cezasının birlikte hükmolunmayacağına ilişkin ön kabul, bir eğitim kurumuna devam etme seçenek yaptırımı için, ya da hükmolunacak mağdurun veya kamunun uğradığı zararın “aynen iade veya suçtan önceki hale getirme” seçenek yaptırımları bakımında da (özellikle “zararın aynen giderilmesi”, hükümlünün, bizzat çalışarak yerine getirmesi şeklinde karar altına alınmış ise) söz konusu olabilir. Bu nedenle; belirtilen diğer iki seçenek yaptırım bakımından da CGTİHK’nın 105/3. maddesindeki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TCK m.58/2 gereğince, önceki mahkûmiyetin ancak hapis cezası ya da adlî para cezasını içeren bir mahkûmiyet hükmü olması durumunda, tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Konuyu seçenek yaptırımlar bakımından ele alan düzenleme ise TCK’nın 50/5. maddesidir. Bu hükme göre; “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir”. Tekerrüre esas alınacak olan “adlî para cezası” doğrudan doğruya hükmolunan bir adlî para cezası olabileceği gibi, seçenek yaptırım niteliğindeki adlî para cezası da olabilir. Buna göre, adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımlar için verilen kesinleşmiş (veya infaz edilmiş de olsa) mahkûmiyetlerin tekerrüre esas alınmayacağı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce; bu sonuç, son derece yerinde ve adil bir uygulamadır. Zira, seçenek yaptırımlar esas itibariyle ceza şiddeti bakımından adlî para cezasından daha hafif nitelikte cezalardır. Adlî para cezası dışındaki seçenek yaptırımların, tekerrüre esas alınmaması bunların ceza olup olmaması ile alakalı bir mesele olarak değerlendirilemez. Seçenek yaptırımlar birer cezadır ve istenirse yasa koyucu tarafından, bunlar da, tekerrüre esas alınabilecek yaptırımlar olarak değerlendirilebilir. Zira, ceza olma hukukî nitelikleri buna elverişlidir.

Mükerrir suçlu için, TCK’nın 58/3. maddesi hükmü uygulandıktan sonra, yani kanun maddesinde gösterilen adlî para cezasının yanındaki hapis cezası bir zorunluluk olarak seçilmesinden sonra, hapis cezasının, kısa süreli bir hapis cezası olması ve diğer şartların da bulunması durumunda, bu hapis cezasının, adlî para cezası da dahil olmak üzere seçenek yaptırımlara çevrilmesinde, bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz. Zira,

bunun aksini savunmak, hakkında tekerrür hükümleri uygulanan kimseler için, seçenek yaptırımlara hükmolunmayacağı sonucunu doğurur. Bu ise seçenek yaptırımlar için bir ek koşul getirmek anlamına gelir ki, bu, koyucunun amacına ters düşer. Zira kanun koyucu, eğer mükerrir olan suçlu için seçenek yaptırımın uygulanmasını engellemek istemiş olsaydı, bunu, hiç kuşkusuz 50 maddede göstermesi gerekirdi. Bu nedenle, TCK'nın 58/3. maddesindeki sınırlamayı hükmolunacak hapis cezasından sonraki bir aşamaya da teşmil etmek mümkün görünmemektedir.

TCK'nın 64/2. maddesi, hükümlünün ölümü üzerine adlî para cezası dışındaki diğer seçenek yaptırımların ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunda bir düzenleme getirmemektedir. Kanaatimizce, burada, hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezası ibaresi yerine sadece “henüz infaz edilmemiş ceza” denilmiş olması yeterli olurdu ve böyle bir durumda, bu ibare, hem hapis cezalarını ve hem de adlî para cezası ile diğer tüm seçenek yaptırımlarını da kapsardı. Bu nedenle, madde metninde yapılacak bir değişiklik ile bu hususun göz önünde bulundurulması gerekir. TCK'nın 64/2. maddesinde hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezası ibaresinin kullanılmış olması, diğer seçenek yaptırımların, hükümlünün ölümü üzerine ortadan kalkmayacağı anlamına gelmez. Zira, seçenek yaptırımlar ceza olmaları nedeniyle, cezanın tüm özelliklerini bünyelerinde barındırırlar ve cezalar şahsî oldukları için, hükümlünün ölümü üzerine, çoğu kez ortada artık infaz edilecek bir ceza kalmaz. Bu husus, her bir seçenek yaptırım ele alındığında çok daha net olarak görülebilmektedir.

Seçenek yaptırımlar güvenlik tedbiri olmayıp, ceza oldukları için, bunlar hakkında, “zamanaşımının” uygulanması gerekir. Çünkü, TCK'nın 50/5. maddesinde yer alan “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir” şeklindeki düzenleme seçenek yaptırımın, bir hapis cezası olarak değerlendirilmemesi, seçenek yaptırımın yerine uygulandığı hapis cezasından farklı bir cezai yaptırım olduğunu ifade edebilmek böylece, seçenek yaptırımın niteliği hakkında, sanık aleyhine, bir durum yaratılmasına engel olmak için konulmuştur. Bu nedenle, sanık aleyhine bazı sonuçların doğmasına engel olmak için getirilmiş olan bir hüküm yorumlanırken, hükmün amacını aşar biçimde ve sanık aleyhine sonuç doğuracak bir biçimde yorumlamak doğru olmayacaktır. Seçenek yaptırımların birer ceza olarak kabul

edilmesi ve cezanın geçerli olan tüm özelliklerinin kendisinde aranması, sanığın korunmasına yönelik bir yorum olacaktır. Zira, seçenek yaptırımların bir ceza değil, güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi durumunda, bunlar hakkında, “zamanaşımının” geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalı hale gelebilecektir. Oysa, çok daha ağır nitelikteki cezaların bile zamanaşımına uğradığını kabul eden bir kanun koyucunun, bir kısa süreli hapis cezasından bile daha hafif nitelikteki bir cezanın, zamanaşımına uğramayacağını kabul etmesi düşünülemez.

Seçenek yaptırımlar için dava zamanaşımı süresinin belirlenememesi, bunların ceza olup olmamasından değil, dava zamanşamının süresinin maddede yazılı cezaya göre belirlenmesinden, seçenek yaptırımların ise ikinci basamakta yani kısa süreli hapis cezasına ulaşılmasından sonra hükmolunabilecek birer ceza olmasından, kaynaklanmaktadır.

TCK’nın 68/1 (e) maddesinde “beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarının on yıl geçmesiyle” artık infaz edilmeyecekleri belirtilmiş olduğundan, hem doğrudan hükmolunan adlî para cezası ve hem de adlî para cezası seçenek yaptırımı, on yılın geçmesiyle ceza zamanaşımına uğrayacak ve dolayısıyla infaz edilemeyecek demektir.

TCK’nın 68. maddesinde, “ceza zamanaşımına” uğradığı için infaz edilemeyecek cezalar arasında, TCK’nın 50. maddesinde gösterilen seçenek yaptırımlar sayılmamaktadır. Aslında TCK’nın 50. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlar, kanaatimizce, adlî para cezasından daha hafif nitelikte cezalar olduğundan, bunlar için de ayrıca bir ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesi ve mesela, adlî para cezaları için belirlenen on yıllık ceza zamanaşımı süresinden (TCK m. 68/1-e) daha az bir süre, sözgelimi beş yıllık bir zamanaşımı süresinin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun yapılmamış olması, bu cezaların da zamanaşımına uğramayacağı anlamına gelmez. Zira Kanaatimizce, seçenek yaptırımlar birer cezadır ve bu nedenle ceza zamanaşımına tabi tutulmaları gerekir. Seçenek yaptırımların tamamı, aslında, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasından çevrilen cezalar olduğu için, ceza zamanaşımı, bakımından kanaatimizce, bu sürenin esas alınması gerekir. Bu nedenle, adlî para cezası seçenek yaptırımı dışında kalan diğer seçenek yaptırımları için de ceza zamanaşımı, TCK’nın 68/1 (e) maddesi gereğince on yıl olarak uygulanacak demektir. Şunun da açıklığa

kavuşturması gerekir ki, TCK'nın 50/3. maddesi gereğince otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, 50. maddenin birinci fıkrasında yazılı seçenek yaptırıma çevrilmiş ise, TCK m 68/2 gereğince, fiili işlediği sırada, 15 yaşını doldurmamış olanlar hakkında ceza zamanaşımı süresinin 1/2'si, (5 yıl), 15-18 yaş grubunda olanlar için ise ceza zamanaşımı süresinin 2/3'ü (6 yıl 6 ay) geçtiğinde artık infaz edilemez. Ancak, TCK'nın 68/2. maddesinde, 65 yaşından büyükler için ayrıksı bir düzenleme olmadığı için, bunların, benzer nitelikteki seçenek yaptırım mahkûmiyetleri için zamanaşımı süresi TCK'nın 68/1 (e) gereğince, 10 yıl olarak uygulanacaktır. TCK m.68/2 metninin bu doğrulda değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TCK'nın 65. maddesine göre; “genel af halinde hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar”. Bu nedenle, hakkında seçenek yaptırım uygulanması ihtimali bulunan bir kimse hakkındaki kamu davası da, diğer tüm kamu davaları gibi genel af ile ortadan kaldırılacaktır. Bir yaptırımın, genel af kapsamında olup olmadığının belirlenmesi, bu haliyle, hükmolunan yaptırımın hukukî niteliğinin belirlenmesi ile eş değerde olmaktadır.

TCK m.65, genel af ile ortadan kalması söz konusu olabilecek olan yaptırımı “ceza” olarak somutlaştırmıştır. Asıl olarak genel af ile ortadan kalkacak olan ceza ve bunun neticeleridir. Güvenlik tedbirleri kural olarak genel aftan etkilenmezler. Bu nedenle, genel af ile adlî para cezası seçenek yaptırım da dahil olmak üzere tüm seçenek yaptırımların ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekir. Bu, seçenek yaptırımların ceza olma hukukî niteliklerinden kaynaklanmaktadır.

TCK m. 65/2 gereğince, “özel af ile, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir”. Özel af, ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan “cezalara” etki edebilir. Özel af kamu davasına tesir etmediği gibi henüz mahkûm olmamış bir kimse hakkında da özel af söz konusu olamaz. Çünkü davanın sonunda mahkûm olma ya da beraat etme ihtimali vardır. Bu nedenle özel af için kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti bulunmalıdır. Bu nedenle özel affın kamu davası üzerindeki etkisizliği açısından kamu davasına konu cezanın bir önemi bulunmamaktadır. Seçenek

yaptırıma konu bir kamu davası ile diğer bir kamu davasının, her ikisi de, özel affın etkilenmemektedir. Seçenek yaptırımların, özel af kapsamında olmamaları, bu yaptırımların cezaî niteliği ile alakalı değildir. Bu, özel af için tercih edilen cezanın “hapis cezası” olarak tespit edilmesinden kaynaklanmaktadır. Yoksa, adlî para cezası seçenek yaptırımı da dahil olmak üzere tüm seçenek yaptırımlar özel af kapsamına alınabilirdi. Bunun yapılmamış olması, kanaatimizce, esas itibarıyla, bir eksikliktir ve gayrı adil neticeler doğurabilir. Zira, Özel af ile örneğin, hapis cezalarının infaz kurumunda infazı yerine getirilmemekte, bunların süreleri kısaltılabilmekte, oysa, bundan daha az şiddetli bir ceza niteliğinde bulunan adlî para cezaları ile diğer seçenek yaptırımların infazı tam olarak yapılmaktadır. Oysa, cezaların şiddetlerinin azalması bir tarafa, gün geçtikçe yeni bir kısım cezaların, kanun koyucu tarafından uygulamaya konulması da mümkündür. Bu nedenle, özel affın ceza kanunda yer alan tüm cezaları kapsayabilecek ve belki de ileride düzenlenecek yeni bir takım cezaları veya hapis cezasına alternatif nitelikteki seçenek yaptırımları da kapsayacak bir biçimde kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Mesela; TCK’nın 65. maddenin 2. fıkrasının “özel af ile, cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir, cezanın miktarının veya süresinin azaltılması ya da cezanın niteliğinin değiştirilmesi sağlanır” biçimindeki bir anlatıma kavuşturulması gerekir.

Özetle söylemek gerekir ise TCK’nın 50. madde metninde, açıklığa kavuşturulması gereken ve yeniden düzenlenmesi gereken birçok durum söz konusu olmakla birlikte, hukuk normu, yasama gücü tarafından tercih edilen bir değer hükmü olduğundan, hakim, bu değer hükmü yerine kendi tercihi, kendi değer hükmüne göre karar veremez. Bu nedenle, madde metnin de yer alan düzenlemelerden bazılarının Yargıtay İçtihatları ile doldurulması mümkün ise de, diğerlerinin ancak yapılacak kanun değişikliği ile düzeltilmesi gerekmekte olup, yapılması uygun görülecek değişiklikler ile, bunların nasıl olması gerektiğine ilişkin açıklamalar, ilgili bölümlerde verilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları).

ALACAKAPTAN, “Uğur, Öteki Ceza Hukuku”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, s. 366 – 405 (ALACAKAPTAN, Öteki Ceza Hukuku).

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Yaptırımlarının Uygulanması ve Evrimine İlişkin Araştırmalar”, (Çeviren: Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 177-193) (ALBRECHT, Gençlik Ceza Hukuku).

ALBRECHT, Hans-Jörg, “Almanya’da Gençlik Adaleti”, (Çeviren: Selman DURSUN), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 533-576) (ALBRECHT, Gençlik Adaleti).

ARSLAN, Çetin / AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

ARTUK, Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları), İstanbul 1983, (ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş).

ARTUK Mehmet Emin, Mukayeseli Çocuk Muhakemesi Hukuku (Daktilo Edilmiş Doçentlik Tezi) İstanbul 1987 (ARTUK, Çocuk Muhakemesi Hukuku).

ARTUK, Mehmet Emin, “Ölüm Cezası”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDOĞAN, Caner), İstanbul 2002, s.71-126 (ARTUK, Ölüm Cezası) Bu makale için ayrıca bkz: Prof. Dr. Jale AKİPEK Armağanı, Konya 1991, s. 145-177.

ARTUK, Mehmet Emin, “Emniyet Tedbirleri”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, s. 125-174 (ARTUK, Emniyet Tedbirleri) Bu makale için ayrıca bkz: Argumentum Yıl 2, Sayı:23, Haziran 1992, s. 349-359.

ARTUK, Mehmet Emin, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006 (ARTUK, Suç Siyaseti).

ARTUK, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2008, Cilt XII, Sayı:1-2, (Ayrı Basım: Prof. Dr. Attila Özer’e Armağan, Ankara 2010), s.461-492 (ARTUK, Güvenlik Tedbirleri).

ARTUK, Mehmet, Emin, “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 2, Sayı 4, Ağustos 2007 (ARTUK, Yaptırımlar Sistemi).

ARTUK. M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, TCK Şerhi, 2. Cilt, Genel Hükümler, (Madde 37-75), Ankara 2009 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi).

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I) ;
3. Bası, Ankara 2007 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler).

ARTUK, Mehmet, Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 6. Baskı, İstanbul 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Kanunları).

ARTUK. Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA A..Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006 (ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler).

ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Hükümlünün Hakları”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, (s. 445- 464), (ARTUK/ALŞAHİN, Hükümlünün Hakları).

ARTUNÇ, Mustafa/AKKAYA, Çetin/GEDİKLİ, Cemil, Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2008.

ATALAY, Hamit, İngilizce Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, C. 2.

AVCI, Mustafa, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalarda Seçenekler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 1994.

BAYRAKTAR, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara Eylül 2004, TBB Yayını.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi), (Çeviren Muhittin GÖKLÜ), İstanbul 1950, (BECCARIA, 1950 Baskısı);
2. Baskı, Güven Basım ve Yayınevi, 1960, (BECCARIA, 1960 Baskısı).

BECCARIA, Suçlar ve Cezalar (Çeviren: Zuhal ÖZBAYRAK), Ankara 2003 (BECCARIA, Özbayrak Çevirisi).

BENTHAM, Jeremi, Cürmi Cezalar Nazariyesi, naklen alınan yer; BECCARİA, Cesare, Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi), (Çeviren Muhiddin GÖKLÜ), 2.Baskı, Güven Basım ve Yayınevi, 1960, (s. 345 – 357).

BATUM, Süheyl, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, İstanbul 1999.

BIÇAK, Vahit, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Sistemi: Kamu Sektörü-Özel Sektör İlişkisi”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, s. 199-208.

BİLMEN, Ömer, Nasuhi, Büyük İslam İlmihali, (Sadeleştiren; Ali Fikri YAVUZ), İstanbul, 1993.

BOLLE, Pierre-Henri, “Demokratik Ceza Sistemine Yönelik Tehditler”, (Çeviren; Güçlü AKYÜREK), Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, (s. 521-529).

CENTEL, Nur, “Denetimli Serbestlik”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, (s. 531 -553).

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÇAĞLAYAN, Muhtar, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve Uygulamalarımız, Yargıtay Dergisi, Cilt 1, Sayı 3.

ÇETİN, Soner H., “CMK’da Uzlaşma”, TBB (Türkiye Barolar Birliği) Dergisi, Sayı 82, Mayıs 2009, (s. 247-279).

ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005.

CLEAR, Todd R./ COLE, George F., American Correction, Third Edition, Belmont California 1994.

CLEAR, Todd, Corection Beyond Prison Vals, in:Criminology, A Contemporary Handbook (Edit.:Joseph F. Sheley), Second Edition, Belmont 1995.

ÇOLAK, Haluk / ALTUN, Uğurtan, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, TBB, Sayı:67, Kasım Aralık 2006.

ÇOLAK, Haluk, “Anayasamızda Cezanın Yeri ve Ceza Kavramı”, 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, (s. 10-26).

DALKILIÇ, Aysun, “Ceza Hukukunda Mağduriyetin Giderilmesi”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s. 151- 179).

DANNECKER, Gerhard, “Ceza Hukukunun Avrupa Hukuk Kültürüne Katkısı”, (Çeviren; Pınar BACAŞIZ), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), (s. 353-374).

DEDA, Necip S., Orman Kanunu ve Tatbikatı, Ankara 1994.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2005 ; 5. Baskı, Ankara 2007.

DEMİRBAŞ Timur, Kriminoloji, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2003.

DEMİRBAŞ, Timur, “Kara Avrupası Devletleri İnfaz sistemlerinde, İnsan Haklarının Gelişimi”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001. (s. 181- 192) (DEMİRBAŞ, İnsan Haklarının Gelişimi).

DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Bası, Ankara 1993.

DÖLLING, Dieter, “İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (Mediation)”, (Özet Çeviri; Sulhi DÖNMEZER), Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (s. 91-92).

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1975.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 1997 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt I) ; Genel Kısım Cilt 1, 8. Baskı, Filiz Kitapevi.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısımlar, Cilt II, Beta Yayınları, 12.Bası, İstanbul 1999 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım Cilt II).

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt III, Beta Yayınları, 12.Bası, İstanbul 1997 (DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, Cilt III).

DÖNMEZER, Sulhi, “İyi Bir Ceza Kanunu (Son Çalışmaları)”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C I, Ankara, Şubat 2008, (s.155 – 166), (DÖNMEZER, İyi Bir Ceza Kanunu).

DÖNMEZER, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, İnc.: Onar’ a Armağan, İstanbul 1977, (s.179- 191) (DÖNMEZER, Devlet ve Suç Mağduru).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suç Siyaseti”, İÜHFM, C LII, S.1-4 (Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER’e Armağan Sayısı), İstanbul, 1987 (DÖNMEZER, Suç Siyaseti).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçun Önlenmesi, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları”, C I, (Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2004, (s.79- 83), (Birleşmiş Milletler, A/CONF. 187/7, Etkin Suç Önlenmesi: Yeni Gelişmelere Ayak Uydurmak- sekreteryaya tarafından hazırlanmış ve çalışmalara esas olacak raporun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümesidir), (DÖNMEZER, Suçun Önlenmesi).

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçun Önlenmesinde Toplumun Katkıları”, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C I, (Sulhi DÖNMEZER/ Feridun YENİSEY), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Temmuz 2004, (s. 85-91), (A/CONF. 1987/11 Sayılı Birleşmiş Milletler Raporunun Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER tarafından yapılan özet tercümesidir), (DÖNMEZER, Suçun Önlenmesinde Toplumun Katkıları).

DÖNMEZER, Sulhi / Feridun YENİSEY, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C I, Temmuz 2004, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.

DUMAN, Hasan İlker, İnsan Haklarına Saygılı Devlet, İstanbul 1997.

EKDEMİR, İbrahim, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara 1990.

ERDEM, Mustafa Ruhan, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, İnfaz Hukukunun Sorunları, (Sempozyum, 24-25.11.2000), Ankara 2001 (ERDEM, Yeni Seçenekler).

ERDEM, Mustafa, Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku’nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin yayınları, Ankara 2004 (ERDEM, Avrupa Birliği Hukuku).

EREM, Faruk, “Mağdurun Korunması”, Adalet Dergisi Nisan 1966, Sayı 4, (s. 277-279), (EREM, Mağdurun Korunması).

EREM Faruk, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Cilt 1, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993 (EREM, TCK Genel Hükümler).

EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, Adil Yayınevi, 10. Bası, Ankara, 1997 (EREM, Adalet Psikolojisi).

EREM, Faruk, “Türk Ceza Kanunda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, C.1, Sayı 3, (s. 351 vd) (EREM, Emniyet Tedbirleri).

EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet, Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997.

ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

EROL, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Yayın Matbaacılık, Ankara 2008.

ERTOSUN, Ali Suat, “Yönetim Bakımından Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları, 21.Yüzyıla Girerken Çözüm Önerileri”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, (s. 224-236).

FABREGUETTES, M. P., Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945.

FRANKO, Nesim İ., “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanunda Tazmini Sistemi Hakkında bir Tetkik”, Dicle Üniv. HFD., 1984/2.

FREYER, Hans, Din Sosyolojisi, (Çeviren; Turgut KALPSÜZ), Ankara 1964.

GAROFALO, Baron Rafaele, Criminologia, Suç, Suçlu ve Ceza, (Çeviren; Muhittin GÖKLÜ), İstanbul, 1957.

GRAMMATICA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çeviren: Sami SELÇUK), 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

GRIEVES, Edward / BIÇAK, Vahit, Turkish Penal Code, September 2007.

GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989 (GÖKCEN, Osmanlı Ceza Kanunları).

GÖKCEN, Ahmet, “Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Şekilleri”, Ceza Hukuku Makaleleri (ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner), İstanbul, 2002, (s. 45-69).

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah, Pulat, Alman, Fransız İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi, C.1, Genişletilmiş 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, No:64.

GÜLTAŞ, Veysel, Geçmişten Günümüze İnsan Hakları, Ankara 2004, (GÜLTAŞ, İnsan Hakları).

GÜLŞEN, Recep, “İtalya’da Çocuk Yargılamasına İlişkin Düzenlemeler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 440-467).

GÜRİZ, Adnan, Adalet Kavramının Belirsizliği, (Tebliğ), Adalet Kavramı, (Editör: Adnan GÜRİZ), 3.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 2008, (s. 7-37) (GÜRİZ, Adalet Kavramı).

GÜRKAN, Ülker, Sosyal Adalet (Tebliğ), Adalet Kavramı (Editör: Adnan GÜRİZ), 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 2008, (s. 115-124).

GÜNAY, Erhan, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.190.

HAFIZOĞULLARI, “Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı 1, Kış 2007, (s. 78-109), (HAFIZOĞULLARI, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri).

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Kanunun 43/1 Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen Mağdur Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda da Bu Fıkra Uygulanır Hükmü Hakkında”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s. 859-865), (HAFIZOĞULLARI, Mütelsil Suçta Mağdurlar Meselesi).

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), 2.Baskı, Ankara, 1996 (HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu).

HAFIZOĞULLAR, Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2010.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2008.

HALMAN ÇETİN, Emine, İcra ve İflas Suçları, Güncel Yayınevi, İzmir 2007; 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

HEINZ, Wolfgang, “Genç İnsanların Suçluluk Gelişimi-Gençlik Ceza Hukukunun Sertleştirilmesi İçin Bir Vesilemi?”, (Çeviren; Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 133-175) (HEINZ, Gençlik Ceza Hukukunun Sertleşmesi).

HEINZ, Wolfgang, “Çocuk ve Genç Suçluluğu-Ceza Yasa Koyucusunun Harekete Geçmesini mi Bekliyor?”, (Çeviren; Mustafa Ruhan ERDEM), Çocuklar ve Suç-Ceza,

Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 235-284), (HEINZ, Çocuk ve Genç Suçluluğu).

HEINZ, Wolfgang, “Shakespeare’den Bir Konu Üzerine Kriminolojik versiyonlar”, (Çeviren; İlker TEPE), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 501-531) (HEINZ, Shakespeare).

HEINZ, Wolfgang/CORNELIUS, Iwar/PAILER, Reinfred, Suç ve Ceza Hukuku İstatistikleri Işığında Baden-Württemberg’de Genç İnsanların Suçluluğu (1.Bölü), (Çeviren; Veli Özer ÖZBEK/Pınar BACAĞIZ), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 207-230).

HEINZ, Wolfgang/SPIESS, Gerhard, “Suç ve Ceza Yargısı istatistikleri Işığında Gençlerin Suçluluğu”, (Çeviren: Ali Kemal YILDIZ), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 381-415).

HIRSCH, Ernest, E., Anılarım, (Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi), (Çeviri; Fatma SUPHİ), Tübitak Popüler Bilim Kitapları, 10.Basım, Ankara Şubat 2005.

HOBBS, Thomas, Leviathan, (Çeviren : Semih LİM), İstanbul 2001.

HOTTER, Imke/ALBRECHT, Hans-Jörg, “Gençlik Ceza Hukuku Alanındaki Reformlara İlişkin Önerilerin Dökümü”, (Çeviren; Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi 4, Seçkin yayınları, Ankara 2005, (s. 159-175).

PERİNÇEK / ÖZDEN, Türk Ceza Kanunu ve buna ait seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, İstanbul 1959.

İÇEL, Kayıhan, “Ceza Yasası Hazırlanırken Uyulması Gereken On Ana Kural”, Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s. 15 – 18) (İÇEL, Roxin’e Armağan).

İÇEL Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) İstanbul 1977 (İÇEL, Cezalara Seçenek Müesseseler).

İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsün R. / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih / ÜNVER, Yener, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 5. Bası, İstanbul 2007 (İÇEL/ÜNVER, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku).

İLİMOĞLU, Kasım, “Mağdur Haklarının Bölgesel Düzeyde ve Uluslararası Mahkemelerde Korunması, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s. 111-135).

İNCE, Hüseyin, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007 (İNCE, Seçenek Yaptırımlar).

İNCE, Hüseyin, “Kısa Süreli Hapis Cezasına Uygulanabilecek Seçenek Yaptırımlardan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı (Community Service Labor Program)”, Adalet Dergisi, 30. Sayı, Ocak 2008, (s. 177-210), (İNCE, Çalıştırma Yaptırımı).

KABAN, Mater/AŞANER, Halim / GÜVEN, Özcan / YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay genel Kurulu Kararları, (Eylül 1996 – Temmuz 2001), Ankara 2001.

KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, Eylül 2004.

KABAN, Mater/AŞANER, Halim/GÜVEN, Özcan/YALVAÇ, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara, Eylül 2001.

KARAYALCIN, Yaşar, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod, Genişletilmiş 5. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı Yayını, Ankara 2001.

KAMER, Vehbi, Kadri, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, , 2. Bası, Ankara 2007.

KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

KEYMAN, Selahaddin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965.

KRESTEV, Jenny / PROKIDIS, Pathena / SYCAMNIAS, Evan, The Psychological Effects of Impisonment, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc82.html>), (erişim: 30.10.2009).

KREUZER, Arthur, “Alman Gençlik Ceza Hukuku Hala Çağdaş mıdır?”, (Çeviren; Yener ÜNVER), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 95-110).

KOCASAKAL, Ümit, “Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1003- 1022) (KOCASAKAL, Ceza Hukukunda Gelişmeler).

KOCASAKAL, Ümit, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004 (KOCASAKAL, Avrupa Birliği).

KÖSEOĞLU, Cemal, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Bası, İstanbul 1955.

KUÇURADI, İoanna, “Adalet Kavramı”, (tebliğ), Adalet Kavramı, (Editör: Adnan GÜRİZ), 3. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2008, (s. 39- 47).

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12. Bası (KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku).

KUNTER, Nurullah, Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri, İÜHFM, C.:XIII, 1947, S.:4, (s.1327 vd). (KUNTER, Emniyet Tedbirleri).

MARDİN, Şerif, Din ve İdeoloji, İletişim Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2005.

MARCUS, Paul, Alternative Penal Sanctions, The American Journal of Comparative Law, C.42, 1994.

MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Yargıtay Yayınları No: 3, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

MALKOÇ, İsmail / GÜLER, Mahmut, Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler 1, Ankara 1996.

MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı, Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2005.

MERAM, Necati, Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2007.

METİNER, Haydar / KOÇ, E.Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, II. Cilt, (Madde : 37-75).

MONTESQUIEU, Baron de, The Spirit of The Laws, (Translated by Thomas NUGENT), New York, 1900.

MUMCU, Ahmet, “Günümüzdeki Türk Hukuk Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri” (Tebliğ), Adalet Kavramı (Editör: Adnan GÜRİZ), 3.Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 2008, (s.145- 169), (MUMCU, Adalet Kavramı).

MUTLU, Kayhan, “Adi ve Örgütlü Suç Oluşumundaki Sosyolojik Faktörler”, 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, (s. 2008-214).

NUHOĞLU Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara 1997.

SANCAR, Türkan Yalçın, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, Anayasa Yargısı, Sayı 18, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (25-26 Nisan 2001), Ankara 2001 (SANCAR, Af).

SARITAŞ, Erkan, “Türk Ceza Hukuku’nda Tüzel Kişiler”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, (s. 41-83).

Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Uluslararası Savcılar Birliği, (Editörler: Egbert MYJER, Barry HANCOCK, Nicholas COWDERY, Derleyen; Marnix ALINK), Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006.

SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor”, (Çeviren; Yener ÜNVER), Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, (Kayıhan İÇEL/ Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2004, (s.11-25), (SCHREIBER, Adli Rapor).

SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi”, (Çeviren; Yener ÜNVER), Tıp ve Ceza Hukuku, Türkiye Cumhuriyetinin 80. Kuruluş Yıldönümüne Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin yayınları, Ankara 2004, (s.27-38), (SCHREIBER, Kusur Yeteneği).

SCHÖCH, Heinz, “Mağdurun Korunması – Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması”, (Çeviren: Ayşe NUHOĞLU), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara - 2006, (s. 117 – 131) (SCHÖCH, Mağdurun Korunması).

SCHÖCH, Heinz, “Denetimli Serbestlik Yardımı ve İnsancıl Ceza Yargısı”, (Çeviren: Pınar BACAŞIZ), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER) Seçkin Yayınları, Ankara 2006 (SCHÖCH, Denetimli Serbestlik).

SCHWIND, Hans-Dieter, “Yaş ve Cinsiyete Göre Suçluluk”, (Çeviren: Özlem YENERER ÇAKMUT), Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 357-374).

SERVER Feridun, Anayasalar ve Siyasi Belgeler, İstanbul, 1962.

SEVİĞ, Vasfı, Raşid, “Cezanın Tarihi Menşei”, AHFD, Cilt XII, sayı 3-4, (s.9-49)

SHELDEN, Randall G, “Neden Bu kadar Cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler” (Çeviren; Esra DEMİR), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006, (s.463-485).

SMITH, Michael E. / DICKY, Walter J., Reforming Sentencing and Corrections for Just Punishment and Public Safety, Sentencing & Corrections, September 1999, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Domument/Docs/Doc57.pdf>), (erişim: 30.10.2009).

STEINBERG, H. Michael, Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion, (<http://www.hmichaelsteinberg.com/sentencingalternatives.htm>), (erişim: 30.10.2009).

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genele Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005 (SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler).

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007 (SOYASLAN, Ceza Muhakemesi).

SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1998 (SOYASLAN, Kriminoloji).

SOYASLAN, Doğan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler”, 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı Ankara 2001, s. 45-47, (SOYASLAN, alternatif Tedbirler).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Bunlara Alternatif Tedbirler”, 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001, (s. 47-56) (SOKULLU-AKINCI, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Tedbirleri).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları”, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, (s.327- 339) (SOKULLU-AKINCI, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Suç Siyaseti Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nun Genel Değerlendirilmesi”, Kazancı Hakemli Dergi, Ocak 2005 (SOKULLU-AKINCI, TCK Genel Değerlendirme).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., Kriminoloji, 6.Basım, Beta Yayınları, İstanbul – 2009 (SOKULLU-AKINCI, Kriminoloji).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., Viktimoloji (Mağdurbilim), 2.Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2008 (SOKULLU-AKINCI, Viktimoloji).

SOKULLU-AKINCI, Füsün R., “Onarıcı Adalet ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, (s. 1-9) (SOKULLU-AKINCI, Onarıcı Adalet).

SYCAMNIAS, Evan, The Level of Punishment Must Strike a Balance, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc12.html>), (erişim: 30.10.2009).

SYCAMNIAS, Evan, The Sociology of Punishment Today, (<http://www.uplink.com.au/lawlibrary/Documents/Docs/Doc10.html>), (erişim: 30.10.2009).

ŞAHİN; Cumhur / ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1. Bası, 2007, s.160 – 161: TBMM, 22.Dönem, 2.Yasama Yılı, 664. Sıra Sayısı.

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I (m.1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

ŞİRİN, Osman / AŞANER, Halim / GÜVEN Özcan / YALVAÇ Gürsel / ÖZDEMİR, Muzaffer / EREL, Kemallettin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Adalet Yayınları, Ankara 2008.

TANER, Tahir, Ceza Hukuku (Umumi Kısım), Ahmet Sait Matbaası, (İstanbul Üniversitesi Yayın No. 434), İstanbul 1949 (TANER, Ceza Hukuku Umumi Kısım).

TEKİN, Uğur, “Çocuk Yargılamasında Avrupa’da Yeni Uygulamalar”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005, (s. 486-492).

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, CHD (Ceza Hukuku Dergisi), Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, (s.172- 196).

Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısı, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1989, (TCK 1989 Öntasarısı).

Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri 3 (TCK 1997 Öntasarısı).

ONUR, İsmet, “Türk Ceza Kanunu”, Sulhi DÖNMEZER’e Armağan, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1069-1073).

OKTAY, Erdoğan, Para Cezaları ve infazı, İstanbul 2007.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖNEN, Mesut, Hukuka Giriş, İstanbul 2005.

ÖZBEK, Veli, İnfaz Hukuku (İnfaz Hukuku ile İlgili Güncel Mevzuat), Ankara 2007 (ÖZBEK, İnfaz Hukuku).

ÖZBEK, Veli, Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara (Yayın tarihinin bulunmadığı), (ÖZBEK, Suçtan Doğan Mağduriyet).

ÖZBEK, Veli, Özer, Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı, Cilt I., Genel Hükümler (m.1-75), 3. Bası, Seçkin Kitabevi Ankara – 2006 (ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi).

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Nihat M. / BACAŞIZ Pınar / DOĞAN, Koray / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2010 (ÖZBEK/KANBUR/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, Ceza Hukuk Genel Hükümler).

ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Beta Yayınları, Ankara 1998.

ÖZEK, Çetin, “Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı sorunlar”, İHFM, 1984, Sayı 1-4, (s.13-69); (ÖZEK, Suç Mağdurunun Korunması).

ÖZEK, Çetin, “Umumî Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.24, Say.1-4 (ÖZEK, Umumi Af).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2006 (ÖZGENÇ, TCK Gazi Şerhi- Genel Hükümler).

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008 (ÖZGENÇ, Ceza Hukuku Genel Hükümler).

ÖZTÜRK Bahri Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991 (ÖZTÜRK, Hazırlık Soruşturması).

ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1991, 2. Bası (ÖZTÜRK; Ceza Muhakemesi Hukuku).

ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8.Bası, Ankara 2005 (ÖZTÜRK, Ceza Hukuku).

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa, Ruhan, Ceza Hukuku, 8.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara – 2005.

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, Teşebbüs–İştirak–İçtima ve Yaptırımlar, İstanbul 2005 (PARLAR/HATİPOĞLU, Yaptırımlar).

(PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı İçtihatlı Özel Ceza Yasaları, Ankara, 2003 (PARLAR/HATİPOĞLU, Özel Ceza Yasaları).

PETERSILIA, Joan, “Siyaset Seçeneği Olarak Alternatif Ceza”, (Çeviren; Füsün R. SOKULLU-AKINCI), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Ankara 2006 (s.46-51).

PFEIFFER, Christian, Alternative Sanctions in Germany: An Overview of Germany’s Sentencing Practices, National Institute of Justice, February 1996, (<http://www.ncjrs.gov/pdffiles/germany.pdf>), (erişim: 30.10.2009).

REY, Manuel Lopez, Türkiye’de Suçluların Islahı (Treatment) Üzerine Rapor, (Çeviren; Mustafa T. YÜCEL), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1967.

ROXIN, Claus / İSFEN, Osman, “Yeni Türk Ceza Kanunun Genel Hükümleri” (Çeviren: Osman İSFEN), Suç Politikası, Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s.275 – 293), (ROXIN, Yeni TCK Genel Hükümler).

ROXIN, Claus, “Ceza Hukukun Bir Geleceği Var mıdır?” (Çeviren; Yener ÜNVER), Roxin’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, (s.55-70), (ROXIN, Ceza Hukukunun Geleceği).

JOHNSON; Crime, Correction and Society, Illinois, 1974.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Kusur İlkesi, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Tercüme eden: Feridun YENİSEY), İstanbul 2007 (JESCHECK, Alman Ceza Hukukuna Giriş).

JESCHECK, Hans-Heinrich, “Ulusal, Avrupa ve Uluslararası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler” (Çeviren; Zeynel T.KANGAL), YÜHFD, C:III, S:1, Yıl: 2006, (s.15 - 32) (JESCHECK, Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler).

ÛDEH, Abdülkâdir, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çeviren; Akif NURİ),
 1.Cilt, İhya yayınları, İstanbul 1976 ;
 2.Cilt, İhya yayınları, İstanbul 1977 ;
 2.Cilt, II.Fasıl, http://www.darulkitap.com/fikih/cezavebeşerihukuk/cilt2-1/470_475.htm
 (erişim: 07.05.2008);
 3. Cilt, İhya Yayınları, İstanbul 1978.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

UYAR, Talih, “İİK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunların Getirdiği Yenilikler”,
 İzmir Barosu Yayını, İzmir 2005.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, (Doktora Tezi) İstanbul 1998
 (ÜNVER, İzin Verilen Risk).

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, (Doçentlik
 Tezi) Ankara 2003 (ÜNVER, Korunan Hukuksal Değer).

ÜNVER, Yener, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri”, Prof.Dr. Çetin
 Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları : 32, Haziran 2004, İstanbul, (s.907-
 1012) (ÜNVER, Çeşitli Ülkelerdeki Ceza Hukuku).

ÜNVER, Yener, “Şartla Salıverme ve Erteleme”, 21.Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı
 Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı
 Ankara 2001, (s. 36-45) (ÜNVER, Şartla Salıverme ve Erteleme).

ÜNVER, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005,
 Yıl:3, Sayı:32, İstanbul 2005 (ÜNVER, Deliller ve Değerlendirilmesi).

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2010
 (ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku).

ÜNVER, Yener, “İstanbul’daki Sokak Çocukları, Rehabilitasyon Çalışmaları ve
 Öneriler”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, (XIV. Dünya Kriminoloji
 Kongresinde Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005,
 (s.11-24) (ÜNVER, Sokak Çocukları).

ÜNVER, Yener, “Çocuk Koruma Kanunu”, (XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde
 Sunulan Tebliğler, 7-11 Ağustos 2005 Philadelphia/ABD), İstanbul 2005, (s.25-41)
 (ÜNVER, Çocuk Koruma Kanunu).

VALTER, Michael, “Ev Hapsinde Elektronik Gözetleme (Elektronik Monitoring),
 Kapasitesinin Üstünde Dolu Cezaevlerine Bir Çözüm” (Çeviren; ARTUK, Mehmet,
 Emin/NUHOĞLU, Ayşe), İBD., C.:75, S.:1, İstanbul 2001.

VIDAL, Georges- Magnol, Joseph, Ceza Hukuku, (Çeviren: Şinasi Z. DEVRİN) Ankara 1949.

YARSUVAT, Duygun, “Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması”, İnan Kırac’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1994 (s.333-344) (YARSUVAT, Mağdurun Korunması).

YARSUVAT, Duygun, “Tüzel Kişilerin Cezai sorumluluğu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, (s. 889-918) (YARSUVAT, Tüzel Kişiler).

YAŞAR, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler, Ankara 2000.

YALVAÇ, Gürsel, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:8, Eylül 2006, (s.32-47).

YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Baskı, İstanbul, 1993 (YENİSEY, Hazırlık Soruşturması).

YENİSEY, Feridun, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung 1979), Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1979, (YENİSEY, Almanya CMK).

YENİSEY, Feridun, “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocukların İşledikleri Suçlar ve Gençler İçin Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, Sulhi DÖNMEZER Armağanı, C II, Ankara, Şubat 2008, (s.1443 – 1540), (YENİSEY, Alternatif Yaptırımlar).

YENİSEY, Feridun, “21.Yüzyılda Cezaevlerinde İnsan Haklarının Gelişimi”, 21.Yüzyılla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2001, (s.151-153) (YENİSEY, İnsan Haklarının Gelişimi).

YENİSEY, Feridun, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4 (Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER), Seçkin Yayınları, Ankara 2005 (s. 19-47) (YENİSEY, Genç Ceza Hukuku).

YILDIZ, Ali Kemal, Türk Ceza Kanunu, (Açıklamalar – Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul – 2007 (YILDIZ, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu).

YILDIZ, Ali Kemal, “Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması”, Özek’e Armağan, İstanbul 2004 (s.1033 vd.) (YILDIZ, Yürütmenin Suç ve Ceza Yaratması).

YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, “İcra İflas Suçlarında ve Bunlara İlişkin Yargılama Hukukundaki Yeni Boyut Üzerine Gözlemler”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı: 2006/6, İstanbul 2006.

YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1.Cilt (Madde 1-116), (YURTCAN, CMUK Şerhi).

YURTCAN, Erdener, Şahsi Dava ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 1985 (YURTCAN, Şahsi Dava).

YÜCEL, Mustafa T., Kriminoloji (Suç ve Ceza), Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, Ankara 1986 (YÜCEL, Kriminoloji).

YÜCEL, Mustafa T., “Suçtan Zarar Gören Şahsın Korunması”, Adalet Dergisi Kasım 1967, Sayı 11, (s.359 – 363) (YÜCEL, Suçtan Zarar Görenin Korunması).

WALKER, John / COLLINS, Marc / WILSON, Paul, How the Public Sees Sentencing: an Australian Survey, Australian Institute of Criminology, s.2, (<http://www.aic.gov.au>), (erişim: 30.10.2009).

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2010.