

TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABUL EDİLEN ERTELEME KURUMLARI ÜZERİNE İNCELEME

AN INVESTIGATION ON THE SUSPENSION SENTENCE IN TURKISH LAW SYSTEM

Ersin ŞARE*

Özet: Dünya üzerindeki bir çok ülkede kabul edilen erteleme kurumu, cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını da gidermektedir. Günümüz ceza hukuku sistemlerinin hemen hepsinde kabul edilen erteleme müessesinde; failin cezası belli bir süre ertelenmekte, belirlenen denetim süresi içerisinde faille yükümlülükler getirilmektedir. Erteleme müessesinden beklenen, ilk defa suç işleyen ya da tesadüfi suçlu olarak adlandırılan kişinin cezaevine girmesini engelleyip faille yeni bir şans tanınması, belirlenen denetim süresi içerisinde mahkemece öngörülen tedbirler nedeniyle ceza almadığı yönünde bir yargıya kapılmaması, failin toplum içerisinde cezasını çekerek ıslah olması, bir daha suç işlemesinin önüne geçilmesini sağlamasıdır. Hukuk sistemlerinde yargılamanın aşamalarına göre erteleme kurumları kabul edilmiştir. Bu kurumları, suç işlemiş fail hakkında kamu davasının açılmasının, duruşmanın yapılmasının, suçluluğun tespitini veya mahkumiyet hükmünün verilmesinin, hüküm verilmiş ise; infazını belirli bir süre içinde göstereği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi olarak sıralayabiliriz. Türk hukuk sisteminde kamu davasının açılmasının, hükmün açıklanmasının, hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumları düzenlenmiş, esas olarak muhakemenin ertelenmesi kurumuna yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı kanunun 191. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesine benzer bir düzenleme getirilmiştir.

Anahtar kelimeler : Erteleme, denetimli serbestlik, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, muhakemenin ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının infazının ertelenmesi

Abstract: As is the case with many law systems all around the world, the suspension sentence in Turkish law system does not only help individualize the penalty but also prevents the negative consequences of the short-term imprisonment. With the suspension sentence, the sentence of the defendant is conditionally suspended for a certain time period with certain obligations imposed to his/her actions. The advantages of the suspensions can be considered as the following; before incarceration, they give a chance to a convicted

person who committed a crime for the first time, they help the convicted person to serve his sentence in public, and the obligations imposed during the suspension period help the convicted person not to underestimate the consequences of the crime he/she committed. There are different types of suspension sentences; a suspension for public prosecution, the postponement of criminal sentencing, and the suspension sentence which withholds execution of the penalty as long as the defendant exhibits good behavior. Turkish law system includes the suspension sentences for public prosecution, for the postponement of the penalty and for the postponement for the judge's announcement of the conviction, but not for the postponement of the judgement. However, with the changes made to law no 5237 section 191, some flexibility is brought upon the suspension of the case for the postponement of the judgement.

Keywords: Suspension, probation, suspension sentences for public prosecution, postponement for the judge's announcement of the conviction, postponement of the judgement, suspended execution of the imprisonment

Erteleme ve bu buna benzer kurumların getiriliş amacının temelini, fail hakkında verilen cezanın infazını, belirlenen süre içinde göstereceği iyi hal neticesinde ceza verilmekten ya da infazından vazgeçilmesi, failin toplum içerisinde gösterdiği iyi hal ile cezaevine girmekten kurtulması oluşturmaktadır. Erteleme kurumunun kabul edilmesiyle hedeflenen, ilk defa suç işleyenler veya erteleme kurumunun tekrardan uygulanmasına layık olanların cezaevine konulmayarak, öngörülen yükümlülükler altında, cezası infaz edilmeden ıslah olmasının sağlanmasıdır.¹

Erteleme müessesesinin uygulanmasının yaygın olması o ülkedeki ceza siyaseti ile yakından ilgilidir. Erteleme, cezanın bireyselleştirilmesi vasıtası olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını da gidermektedir.²

¹ Ayhan Önder, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1963, s. 5

² Kısa süreli hapis cezalarının sakıncaları için bkz. Kayıhan İçel, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi', Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu, Sermet Matbaası, 1976,, s. 324 'Erteleme müessesesinin getiriliş amacını oluşturan bu görüşlerin yanı sıra, erteleme müessesine karşı olan görüşlerde bulunmaktadır. Buna göre, erteleme kararı verilmesi ile cezanın önleme özelliği azalacak, cezanın ertelenmesi, mutlak adalet

Ülkelerin ceza hukuku sistemlerinde erteleme müessesesinin kabul edilmesiyle farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Kısa süreli hapis cezalarının sakıncılarını gidermek için kara Avrupası siteminde kabul edilen ertelemede; sanığın cezası belli bir süre içerisinde ertelenmekte, failin iyi hal göstermesi durumunda ceza verilmemekte ya da belirlenen ceza ortadan kalkmaktaydı. Bu sistemde, denetim süresi içerisinde herhangi bir yükümlülük öngörülmeyle, faile cezaevine girmemesi için yeni bir şans verilmekteydi. Diğer sistemde ise, failin cezası belli bir müddet ertelenmekte, ancak diğer sistemin aksine bu süre içerisinde fail denetim altında tutulmaktaydı. Bu ikinci sistem ilk olarak İngiliz hukukunda kabul edilmiş olup hakim belirlendiği yükümlülükler doğrultusunda fail, cezasını toplum içerisinde çekmekteydi. Günümüz ceza hukuku sistemlerinin hemen hepsinde kabul edilen erteleme müessesinde ise, failin cezası belli bir süre ertelenmekte, belirlenen denetim süresi içerisinde faile yükümlülükler getirilmektedir. Bu sistemde erteleme müessesinden beklenen, ilk defa suç işleyen kişinin cezaevine girmesini engelleyip yeni bir şans tanınması, belirlenen denetim süresi içerisinde öngörülen tedbirler nedeniyle ceza almadığı yönünde bir yargıya kapılmaması, bir daha suç işlemesinin önüne geçilmesinin sağlanmasıdır.

Kısa süreli hapis cezaları için öngörülen erteleme kurumu, daha sonra yapılan değişikliklerle orta ve uzun süreli hapis cezalarını da kapsar mahiyet almıştır.

Hukuk sistemlerinde yargılamanın aşamalarına göre erteleme kurumları getirilmiştir. Bu kurumları, suç işlemiş fail hakkında kamu davasının açılmasının, duruşmanın yapılmasının, suçluluğun tespitini veya mahkumiyet hükmünün verilmesinin, hüküm verilmiş ise; infazını belirli bir süre içinde göstereği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi olarak sıralayabiliriz.³ Türk hukuk sisteminde kamu davasının açılmasının, hükmün açıklanmasının, hapis cezasının infazının ertelenmesi

fikrine aykırılık oluşturmaktadır. Erteleme kurumu failleri ıslah etmeyerek, gerçekleştirilen ilk suçların affedildiği izlenimi yaratacaktır.' Erem/Danışman/ Artuk s. 797-799, Önder s. 6-14, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 739

³ Önder s. 5 İnfaz sonrası belli özellikleri taşıması halinde hükümlünün koşullu olarak salverilmesi hali bir erteleme çeşidi olarak düşünülsede, bu çalışmada infaz öncesi failin cezaevine girmeden ıslah edilmesini amaçlayan erteleme kurumları incelenmiştir.

kurumları düzenlenmiş, esas olarak muhakemenin ertelenmesi kurumuna yer verilmemiştir. Ancak 5237 sayılı kanunun 191. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar bu düzenlemede, muhakeme neticesinde sanığın suçunun sabit kabul edilerek hüküm vermekten vazgeçilmekte ise de, bu karar ile birlikte muhakemenin durması neticesi meydana geldiğinden bu kurum muhakemenin ertelenmesi başlığı altında incelenmiştir. Hukuk sistemimizde kabul edilen erteleme türleri aşağıda yargılama safahatındaki önceliklerine göre açıklanacaktır.

a) İddianamenin Düzenlenmesinin Ertelenmesi (Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi)

Ertellemenin bu şeklinde; hakkında soruşturma başlatılmış fail hakkında belirli bir süre iyi hal göstermesi, öngörülen bir takım başka yükümlülöklere uyması koşuluyla, kişisel durumu ve işlediğı iddia olunan suçun önemi dikkate alınarak kamu davasının açılmasından vazgeçilmektedir.⁴

Karşılaştırmalı hukukta kamu davasının açılmasının ertelenmesinin⁵ iki farklı şekli olduğu görölmektedir. Bir şekle göre, savcının yetkisi mutlaklır. Başka bir makam veya merciin onayına gerek kalmadan kamu davasının açılması savcı tarafından ertelenebilmektedir.⁶ Diğer bir şekline göre ise, savcı kamu davasını erteleyip ertelememe hususunda tek başına karar veremez. Bu konuda başka bir merciin görüşünü ya da onayını almak zorundadır.⁷

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 153a maddesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre soruşturmayı yürüten savcı cünha niteliğindeki suç yönünden sanığın ve son soruşturma için yetkili mahkemenin onayı-

⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 740, Önder s. 95, İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 335
⁵ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun lehine ve aleyhine ileri sürölen görüşler için bkz. Önder s. 102-105, Kamu davasının ertelenmesi neticesinde maddi dellilerin kaybolacağı, tanıkların tekrar elde edilemeyeceğı, edilseler dahi olayın üzerinden uzun zaman geçmesi nedeniyle sağlıklı beyanda bulunamayacağı ileri sürölmüştür.

⁶ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Ertelme Müessesesi', Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s. 59,

⁷ Artuk/Yenidünya s. 61

nı alarak bir yıla kadar hapis cezasını veya para cezasını gerektiren suçlar için kamu davasının açılmasını erteleyebilmektedir. Soruşturma makamı erteleme kararı ile birlikte şüpheliye bazı yükümlülükler getirebilmektedir.⁸

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesinde değişiklik yapan 5560 sayılı yasa ile kabul edilmiştir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin düzenleme 5271 sayılı CMK'nın 171/2 vd. fıkralarında yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca adli geçmişi, şahsi durumu, işlediği iddia olunan suçun önemi nazara alınan şüphelinin öngörülen bazı yükümlülükleri de yerine getirmesi koşuluyla hakkında kamu davasının açılmasından vazgeçilmekte, erteleme süresi iyi hal ile geçirildiğinde 'kovuşturmaya yer olmadığı kararı' verilmekte, aksi durumda iddianame düzenlenerek, kamu davası açılmaktadır.⁹ Buradaki amaç önemsiz suçlardan dolayı kişinin sanık konumuna sokulmasını önlemek, diğer yandan mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır.¹⁰

Bu kurumla öncelikle iddianamenin düzenlenmesi ertelenmektedir. Çünkü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame ile değil, iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile açılmaktadır.(CMK m. 175/1) Buradan yola çıkılarak denilebilir ki, kamu davasının açılmasının ertelenmesi adı altında düzenlenecek bir kurum, ancak mahkemenin yetkisinde olabilir. Ancak, 5237 sayılı CMK'nın 171/2. maddesindeki düzenlemede, Cumhuriyet savcısına iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi yetkisini tanımıştır.¹¹

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi için kanun bazı şartların birlikte gerçekleşmesini aramaktadır:

Şüpheliye isnat edilen suç uzlaşma kapsamında bulunmamalıdır. Uzlaşma kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, öncelikle uz-

⁸ İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 336

⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı s. 742

¹⁰ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2010, s. 272

¹¹ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, Ekim/2012, s. 451

laşma usulü denenmek ve CMK'nın 253 maddesinde yer alan düzenlemeye göre hareket etmek gerekmektedir. Bununla birlikte CMK'nın 253/19. maddesinde, uzlaşma ve kamu davasının ertelenmesi hükümlerinin bir arada uygulanacağı hal düzenlenmiştir. Gerçekten uzlaşmaya ilişkin bu düzenleme uyarınca; uzlaşma neticesi kararlaştırılan edimi yerine getiren şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksimde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171/2 inci maddede yazılı şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecektir. (CMK 253/19) Bu halde, zararın giderilmesine ilişkin süreç denetim süresini oluşturur ve bu süreçte zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinden sonra, uzlaşmaya ilişkin edimler yerine getirilmezse, CMK'nın 171 inci maddesindeki ertelme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi koşulu aranmaksızın kamu davası açılır.¹²

Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkumiyetinin olmaması gerekmektedir.¹³ Şüpheliye isnat edilen fiilin, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan olup, cezasının üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmelidir. Bu nedenle karşılığında adli para cezası öngörülen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanamayacağı savunulmuştur.¹⁴ Ayrıca isnat edilen suçun işlendiği hususunda yeterli suç şüphesi bulunmalıdır. Kamu davasının açılması için yeterli suç şüphesinin bulunmadığı hallerde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek yerine, ertelemeye gitmek kanuna aykırılık teşkil edecektir.¹⁵ (CMK m. 171/2)

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Bu hükümle beraber ertelme, şüphelinin kabulüne bağlanmış olduğu, zararı giderme koşulunu kabul etmeyen şüpheli hakkında ertelme kararı verilemeyeceği, kanundaki düzenlemenin bu yönüyle, şüphelinin, isnat edilen suçun esası hakkında, mahkemede yargılanma hakkını kullanmasına olanak sağladığı, suçsuz olduğuna

¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 742, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1250

¹³ Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama aşağıda yapılacaktır.

¹⁴ Centel/Zafer s. 452, Hapis cezaları için getirilen bu kurumun bizce adli para cezaları içinde geçerli olması gerekir.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 743

inanan şüphelinin bu koşulu yerine getirmeyerek hakkında dava açılmasını sağlayacağı ve mahkeme önünde aklanma olanağına kavuşacağı savunulmuştur.¹⁶ Ancak herhangi bir zararın oluşmadığı suçlarda soruşturma makamı re'sen iddianamenin düzenlenmesini erteleyebilecektir.

Yapılan soruşturmanın, iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi gerekir. Soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı, şüphelinin aşamalarındaki tavırlarından, davranışlarından, hal ve hareketlerinden tekrar suç işleyip işlemeyeceğini daha doğru bir ifadeyle suç işlemekten çekinip çekinmeyeceğini sezecek, bu hususu değerlendirip vicdani kanaatine göre, kanaati hangi yönde olursa, ona göre işlem yapacaktır. Ancak kanaatin oluşmama gerekçesi, iddianamede yer alacaktır. Aksi durumun, iddianamenin iadesi sebebi olabileceği savunulmuştur.¹⁷

Kamu davasını açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması gerekir.¹⁸ Bu da tamamen soruşturma aşamasındaki failin davranışlarından, dosya içeriğinden ve şüphelinin geçmişinden anlaşılabilecektir. Burada Cumhuriyet savcısı, olaya yalnızca şüpheli açısından değil, toplum açısından da bakacaktır. Toplum için şüpheli hakkında dava açılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesine göre kamunun yararına ise, dava açılacaktır. Örneğin sanığın işlediği suç, toplum açısından o kadar vahimdir ki, toplum bu suçu çok derinden kınamıştır. Bu durumda davanın açılmasının ertelenmesi söz konusu olamayabilecektir.¹⁹

Kanununda öngörülen koşulların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasını 5 yıl süre ile erteleyebilecektir. Çocuk suçlular bakımından bu süre üç yıldır.²⁰ Çocuk Koruma Kanunu 19.

¹⁶ Centel/Zafer s. 452, Beraat kararı verilmesi gereken hallerde ise, bu kurumun uygulanması hakkaniyete aykırı olacağından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında olduğu gibi failin rızasının alınması uygun olacaktır. Önder s. 105

¹⁷ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu C. II, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009, s. 1443

¹⁸ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta Yayınevi, Ekim/2010, s. 1250, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verirken kullanacağı takdir yetkisinin sınırlarını belirlemesi yönünden, koşulun getirilmesi yerindedir.

¹⁹ Yaşar s. 1444

²⁰ Çocuklar hakkında kamu davasının ertelenmesi hususu 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. İlk defa çocuklar için getirilen

maddesinde düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ilişkin koşullar ile yetişkinler için öngörülen koşullar paralellik göstermektedir.²¹

Ertelme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. (CMK m. 171/4) Taksirli veya bilinçli taksirle bir suç işlenmesi halinde ertelme kararı düşmeyecektir. Ayrıca uzlaşma nedeniyle ertelme halinde, uzlaşmanın koşullarına uyulmuşsa soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. (CMK m. 253/19) Ertelme süresi içinde zamanaşımı işlemez. (CMK m. 171/4)

Ertelme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ertelme, savcılık tarafından kaldırılır ve kamu davası açılır. Bununla birlikte ertelme süresi içerisinde işlenen suçun mahkemece hüküm altına alınması, verilen bu kararın kesinleşmesi gerekmektedir.²²

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar bunlara mahsus sisteme kaydolunur. Bu kayıtlar bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim ve mahkeme tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanması dolayısıyla istenmesi halinde kendilerine verilecektir.

Suçtan zarar gören, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin karara itiraz edebilir. Kanun koyucu, ertelme kararına karşı başvurulacak kanun yolunu, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı başvurulmuş itiraz davası (kovuşturma davası) olarak öngörmüştür. Bu durumda suçtan zarar gören, Cumhuriyet savcısının yanında bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığına itiraz başvurusunda bulunabilir. (CMK m. 173)

bu kurum daha sonra yetişkinler için de kabul edilmiştir.

²¹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, s. 714 Yine, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen çocuğun denetim altına alınmasına da karar verilebilir. (ÇKK m. 36) Denetim altına alınmasına karar verilen çocukla ilgili olarak denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından denetim görevlisi görevlendirilir. Denetim kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer. (ÇKK m. 40) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararın uygulanması, çocuk hakiminin onanmasına bağlyken, 2006 değişikliği ile onama usulü terkedilmiştir.

²² Centel/Zafer s. 454

b) Muhakemenin Ertelenmesi

Ertelemenin bir başka çeşidi olan muhakemenin ertelenmesi, açılmış olan kamu davasının, mahkeme tarafından saptanan bir deneme süresi sonuna kadar geri bırakılmasıdır. Deneme süresinin iyi halle geçirilmesi ve bu süre içinde yüklenen yükümlülüklerle uyulması halinde, açılan davanın duruşması yapılmaz ve bu yüzden ceza kovuşturması sona erer.

Muhakemenin ertelenmesinde, diğer erteleme çeşitlerinde olduğu gibi olası bir mahkumiyet kararından önce deneme süresine ve yükümlülüklerle yer verilmiştir. Böylece bu müessesenin uygulanması durumunda küçüklerin ve hafif suç işledikleri saptanan yetişkinlerin damgalanmalarının ve dolayısıyla 'sabıkalı' olarak nitelendirilmelerinin önüne geçilmiş olacaktır.²³

Erteleme çeşidi olan muhakemenin ertelenmesi²⁴ müessesenin uygulanmasıyla, aleni duruşmaya çıkarılarak failin kişisel itibarını kaybetmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bunun dışında, çocuklar hakkında uygulanması söz konusu olduğunda, çocuk suçlular yönünden dava konusunun, toplum ahlakını ve adabına karşı işlenmiş suçlardan birisi olması halinde bu duruşmaların, çocuklar üzerinde bütün hayatı boyunca devam edebilecek tesirleri olabileceği ve dava konusunun hayata ilişkin kısımlarının çocuğun hafızasında silinemez kötü hatıralar bırakabileceği ihtimali karşısında, duruşmanın ertelenmesi kararının verilmesiyle bu olumsuzlukların önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca fazlaca önem taşımayan suçlarda bu müessesenin uygulanması mahkemenin iş yükünü azaltacaktır.²⁵

5237 sayılı Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde muhakemenin ertelenmesi müessesine yer verilmemişti. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinde, 31.03.2011 tarihli 6217 tarihli yasanın 20. maddesinde yapılan değişiklikle muhakemenin ertelenmesi müessesesine benzer bir düzenlemenin yer aldığını gör-

²³ Artuk/Yenidünya s. 65

²⁴ Alman Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun (StPO) 153a maddesinin 2. fıkrasına göre, cünha niteliğindeki bir suçtan dolayı fail hakkında kamu davası açılmışsa, mahkemenin savcı ile sanığın muvafakatini alarak mahkemeyi durdurabilir ve sanığın kamu davasının açılmasının ertelenmesindeki yükümlülükleri yükleyebilir. İçel (Seçenek Yaptırımlar) s. 337

²⁵ Önder s. 108

mekteyiz. Bu düzenlemeye göre, hüküm vermeden önce mahkeme, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında da, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. Bu karar durma kararının sonuçlarını doğurur. (TCK m. 191) Düzenlemenin 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile benzer mahiyette olduğu düşünülse bile, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine başvurulduğunda, durma kararının sonuçları doğacağından bu düzenlemenin muhakemenin ertelenmesi müessesesine daha yakın olduğu görülecektir.²⁶ Esas olarak durma kararı, kamu davası açıldıktan sonra yargılama makamının nitelendirmesine göre, muhakeme şartının gerçekleşmesi gerektiği anlaşıldığında, gerçekleşmesini beklemek üzere verilir. Muhakeme şartının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında ise düşme kararı verilecektir. (CMK m. 223/8) Buradaki düzenleme de, mahkumiyetin hükmünün hemen öncesinde, kanundaki şartları taşıyan sanığa tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmakta, istenen netice alındığında ise, muhakeme şartı oluşmamış gibi dava düşürülmektedir. Durma kararının mahiyeti ile TCK'nın 191. maddesinde durma kararının getiriliş amacı tamamen farklıdır. Kanun koyucu Hükmün açıklanmasının geri bırakılması içinde bir tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri öngörmemiş, dava bitirilmeden tedbirin gereklerini yerine getirme neticesinde düşme kararı verileceğini düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki, mahkemece yapılan muhakeme neticesinde sanığın 191. madde de düzenlenen suçu işlediğini sabit kabul edilmesi halinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine başvurulacaktır. Bu yönüyle, bu suçu işlediği sabit olmayan sanık hakkında beraat kararı verilmelidir.

Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulanması sürecinde, kişiyi uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmasının etki ve sonuçlarını

²⁶ Kanundaki bu düzenleme hükmün verilmesinin geri bırakılması olarak adlandırılmaktadır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1522

hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincini gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir, kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık raporlar düzenleyerek hakime verir. (TCK m. 191/3) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süre ile devam olunur. Hakim, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. (TCK m. 194/4)

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan sanık hakkında açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verilecektir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilecektir. (TCK m 191/5) Ancak verilen bu hüküm içinde, CMK 231. madde de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek ya da hapis cezası 5237 sayılı TCK 51. maddesinde düzenlendiği şekilde ertelenebilecektir.

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması için diğer erteleme müessesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi aranmamıştır. Kişi daha önce kasıtlı bir suç işlemiş, ya da mahkemedeki tutum ve davranışları nedeniyle yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılmamış olsa bile hakim, bu tedbire hükmedilebilecektir. Tedbirin uygulanması hakimın takdirine bırakılmış ise de, bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hakim koşulları olduğu halde tedbire hükmetmiyorsa bunu gerekçeli kararda açıklaması gerekir.²⁷ Objektif olarak bu kararı verilmesini engelleyen tek koşul, sanık hakkında daha öncesinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmemiş olunmasıdır. Sanık hakkında aynı suç yönünden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmiş ise, artık sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilemeyecektir. (TCK m. 191/6)

Tedavi ve denetimli serbestlik kararı, hakim kararı olduğundan itiraz kanun yolu uygulanacaktır. Kanunda açıkça durma kararının

²⁷ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2009/20008 E 2012/6704 K 'Uyuşturucu madde kullanmış sanık hakkında belirtilen seçenekten bir uygulanırken yasal gerekçe gösterilmesi, gerekçesinin somut olgulara ve davranışlarına bağlı olarak sanığın tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uyup uymayacağının değerlendirilmesine dayanması gerekmektedir. Uyuşturucu madde kullanan sanık hakkında, seçeneklerden hangisi esas alınırsa alınsın, tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gerekmekte olup, bu konuda mahkemeye takdir hakkı tanınmamıştır.'

neticeleri gerçekleşir denildiğinden bu karara itiraz edilebilecektir. (CMK m. 223/8)

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde amaçları ve uygulanma şekli farklı olmakla birlikte 434. maddede muhakemenin ertelenmesine benzer bir müessesenin mevcut olduğunu görmekteyiz. Şöyle ki 434. maddede, sanık veya sanıklardan veya mahkum veya mahkumlardan birinin, ırzına geçilen kadınla evlenmesi halinde dava ve cezanın erteleneceği dair bir hüküm yer almaktaydı. Buna göre evlenme, ilk soruşturma aşamasında gerçekleştirilmiş ise Cumhuriyet Savcısı takibatın durdurulmasına karar verecektir. Eğer beş sene içinde erkeğin kusuruyla boşanma olursa davaya durduğu yerden devam edilecek, fail yargılama sonunda alacağı cezayı çekecektir. Eğer evlenme duruşma esnasında gerçekleşmişse davanın durdurulmasına (duruşmanın ertelenmesine) karar verilecektir. Yine beş yıl içinde failin kusuru ile boşanma olursa davaya devam edilecek, mahkumiyet halinde fail cezasını çekecektir. Mahkumiyet kararı verilmesi halinde ise failin cezasının çektirilmesi beş yıl için ertelenecektir. Bu süre içinde failin kusuru ile boşanma olursa fail cezanın kalan kısmını çekecektir.²⁸ Şartlar oluştuğunda tecavüz eden sanık hakkında düşme kararı verilecektir. Görüldüğü üzere bu madde uyarınca gerek kamu davasının açılması ve gerekse açıldıktan hatta hüküm verildikten sonra fail ile mağdurun evlenmeleri halinde davanın, verilmişse cezanın infazı ertelenebilecektir. Her ne kadar burada ertelemen bahsedilmekteyse de, buradaki ertelemenin esas olan ertelme türleriyle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Burada kanunun göz önünde tuttuğu menfaat suçtan meydana gelen zararın tazmini ve mağdurun zararının giderilmesidir. Oysa ki duruşmanın ertelenmesinde ilk planda göz önünde bulundurulmuş husus sanığın ileride suç işlemeyeceği hususunda bir kanaatin meydana gelmiş olmasıdır.²⁹

²⁸ Sanık ve hükümlülerden birinin evlenmesi halinde diğer sanık ve hükümlüler hakkında şerik veya asli fail olarak açılmış bulunan davalar ve verilmiş olan cezalar düşecektir. Mağdur kadın ile evlenen erkeğin kusuru ile boşanma halinde de artık olayın diğer sanık ve hükümlüleri hakkında dava açılmayacaktır. Duruşma aşamasında ise yargılamaya devam olunmayacak, mahkumiyetten sonra evlenme gerçekleşmişse bu kişilere ceza çektirilmeyecektir. Sarsılan aile düzenini korumak maksadıyla getirildiği söylenen bu müesseseye yeni TCK'da yer verilmemesi isabetli bir karar olmuştur.

²⁹ Önder s. 109

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin kabul edildiği sistemde uygulama alanı kısıtlanmış olan duruşmanın ertelenmesi müessesesine yer verilmesine gerek olmadığı düşünülse de, savcının gözünden kaçmış bazı hususlar hakim tarafından fark edilebilecek, ayrıca duruşma devresinde hakim, olayları savcıya göre daha başka açılardan değerlendirebilecektir. Bu yüzden kanunun savcıya tanıdığı erteleme yetkisini benzer durumlarda hakime de tanınması mümkün olmalıdır.³⁰ Belirtmeliyiz ki 5271 sayılı CMK ile hakime, hükmettiği cezayı belirli bir süre için açıklanmasını geri bırakması imkanı tanınmıştır. (CMK m. 231) Ancak aşağıda değineceğimiz hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamanın sonunda verileceğinden, hakime daha öncesinden duruşmanın ertelenmesi yetkisi verilerek sanığın damgalanmasının önüne geçilebilecektir. Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ışığında duruşmanın ertelenmesi müessesinin hukukumuzda kazandırılması gerektiğini söyleyebiliriz.

c) Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi

Hükümün ertelenmesi, duruşması yapılan faile verilecek hükmün, koşullu olarak geri bırakılmasıdır. Anglo-Sakson kökenli bu müessese uygulamada çeşitli biçimlerde tatbik edilmektedir: Genellikle suçluluğun tespitinden sonra verilecek hüküm ertelendiği gibi, bazen suçluluğun tespitine gidilmeden de hükmün geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükümün ertelenmesinin bu şekillerinde sanığa verilecek hüküm belli bir müddetle ve bu müddet içerisinde onun iyi hal göstermesi şartıyla ertelenmekte, deneme süresini sorunsuz bir şekilde geçirmesi veya öngörülen yükümlülöklere uygun şekilde hareket etmesi halinde faile ceza verilmemekte ya da verilen ceza düşmekte, aksi takdirde hüküm açıklanarak infaza geçilmektedir.³¹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun sisteminde, hapis cezasının ertelenmesi, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlen-

³⁰ Artuk/Yenidünya (erteleme) s. 67 'Çok ağır suçlarda duruşmanın ertelenmesi yoluna gidilmemelidir. Sanığın ileride tekrar suç işlemeyeceği hususunda mahkemenin kanaatinin oluşması duruşmanın ertelenmesine karar verilmesi için yeterlidir. Erteleme hükmü ile birlikte mahkemenin saptayacağı deneme süresini iyi hal ile geçiren ve kendisine yüklenen mükellefiyet ve direktifleri yerine getiren sanık hakkında duruşma yapılmaz. Aksi halde duruşmaya kaldığı yerden devam edilir.'

³¹ Artuk/Yenidünya (Erteleme) s.69

miştir. Hapis cezası bakımından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemede, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı bir yeni suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan 'hapis cezası' infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra adli para cezasına hükmedilmişse, adli para cezası bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Çünkü eski kanun döneminde hükmolunan adli para cezaları ertelenebilmekte, deneme süresinin sorunsuz bir şekilde geçirilmesi durumunda mahkumiyet vaki olmamış sayılmaktaydı. İşte bu sebeplerle 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİK kanununda düzenlenen ertelemenin neticelerini doğuran benzer bir düzenleme yapıp kurumlar arası dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda 'hükümün açıklanmasının ertelenmesi' kurumunun düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.³²

Hükümün açıklanmasının geriye bırakılması, sanık hakkında kurulan hükümün hukuki sonuç doğurmaması anlamına gelir. Bu tanımdan anlaşılması gereken, mahkumiyet hükmünün askıya alınmasıdır.³³

³² Mustafa ARTUÇ, 'Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 21, Mayıs 2008 s. 108, Maddi Ceza Hukukuna ilişkin normlar bir fiilin suç olup olmadığını ve bunun yaptırımını belirlemektedirler. Mahiyetleri itibarıyla sanığın cezalandırılmasına veya cezalandırılmamasına, veya ağır veya hafif cezalandırılmasına ilişkindirler. Bu nedenle her somut olayda failin daha lehine olan kural geçmişte olan olaya uygulanır. Buna karşılık, ceza normlarının ihlal edilmeleri halinde, bu ihlalleri, yani suçları ve faillerini belirlemenin şartlarını, bir başka deyişle ceza normlarının ihlali halinde buna ilişkin müeyyidenin faile uygulanmasını sağlamaya yönelik faaliyetleri düzenleyen normlar ise, ceza muhakemesi normudur. Ceza muhakemesi normları, ceza normundan farklı olarak lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Belirtmek gerekir ki, ceza kanununda muhakeme normlarına yer verilmiş olabileceği gibi ceza muhakemesi kanununda da ceza normları bulunabilir. Bu durumda ceza ile ceza muhakemesi normun arasındaki farkı belirleyebilmek için normun düzenlendiği kanuna değil, normun hangi amaçla konulduğuna bakılacaktır. Bu durumda, erteleme müessesesinin, ceza kanununda düzenlenmesinden yola çıkılarak maddi ceza hukukuna ait bir kurum olduğu sonucuna varılamayacaktır. **Toroslu/Feyzioğlu** s. 3, Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde gerekli şartlar yerine getirildiğinde düşme kararı verildiğinden, bu düzenleme maddi ceza hukuku normudur ve buna ilişkin neticeleri doğuracaktır. Bu düzelemenin TCK'da yer alması daha doğru olurdu.

³³ **Toroslu/Feyzioğlu** s. 309 Hukukumuzda ilk defa 5295 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi uyarınca çocuklarla sınırlı olarak düzenlenmiş olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması, 5560 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231 inci maddesinin 5 ve devamı fıkralarında genel bir müessese olarak

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için öncelikle iki ön şartın gerçekleşmesi aranacaktır. Bunlardan ilki, suç, uzlaşma hükümlerine tabi ise uzlaşmanın sağlanamamış olması gerekir. Çünkü uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, mahkumiyet hükmü kurulamayacak, CMK'nın 254/2. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilecektir. Bu nedenle, uzlaştırma kurumu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına göre daha öncelikli bir konudur. Tarafların isteklerine rağmen kanunda gösterilen usul işlemleri gereğince uzlaştırma işlemleri yapılmadan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kanuna aykırı olacaktır.³⁴

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için sağlanması gereken diğer bir ön şart; sanığın suçunun sabit olması ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesidir. Bu durumda mahkumiyet hükmü dışında 223. maddede sayılan diğer hüküm türlerinin söz konusu olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir. Yani CMK 223 üncü maddesinde sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, durma ve davanın düşmesi kararlarından birine hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi uygulanamayacaktır.³⁵

tekrar düzenlenmiştir. 5395 sayılı ÇKK'nun 23 üncü maddesi de 5560 sayılı kanunla değiştirilerek, koşullar yönünden CMK 231. maddesine atıf yapılmış, ancak denetim süresinin çocuklar yönünden üç yıl olacağı belirtilerek ayrı bir hüküm getirilmiştir. 5560 sayılı değişiklik ile beraber sadece çocuklar bakımında uygulama olanağı bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, yetişkinler açısından da uygulanabilir bir kurum haline getirilmiştir. Daha sonra 231 inci maddenin 5. ve 14. fıkralarındaki hükümler, 23.01.2008 tarihli 5278 sayılı Yasa'nın 562 nci maddesi ile değişikliğe uğramış, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararının verilebilmesi için hükümlenilecek cezanın sınırı 1 yıldan 2 yıla çıkarılmış, bu kurumun uygulanabilmesi için işlenen suçun şikayete bağlı olması koşulu kaldırılmıştır. Bu değişiklikle beraber hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı daha kapsamlı hale getirilmiştir. Buna göre, yargılama sonunda hükümlenen cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsun ya da olmasın Anayasanın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunları ve diğer istisnai durumları haricinde tüm suçlar için bu kurum uygulanabilir hale gelmiştir.

³⁴ Artuç s. 116, 2. CD 04.02.2010, 32705 E 2792 K, 'Mahekemece sanığa uzlaşma önerisinde bulunulduğu ve sanığın uzlaşma önerisini kabul ettiğini beyan ettiği, katılanının uzlaşmak isteyip istemediğinin sorulmadığı anlaşılmakla, sanığın üzerine atılı sövme suçu nedeniyle uzlaşma işlemlerinin hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254 madde ve fıkralarında öngörülen yöntemin izlenmesi suretiyle, yerine getirilmesi zorunluluğu karşısında, anılan yasa maddelerine uygun biçimde uzlaştırma işlemlerine girişilmeden eksik soruşturmaya dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması' aktaran Parlar s. 343

³⁵ Artuç s. 116

Hükmün açıklanması kararının verilebilmesi için aranan koşullar CMK 231. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan, başka bir ifadeyle heyetin müzakere sonucunda ulaştığı ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis ve adli para cezası ise mahkemenin, hükmü açıklamasının geri bırakması mümkündür.³⁶ Hapis cezası bakımından 2 yıl veya daha az süreli olma gibi bir sınırlama söz konusuysa adli para cezaları bakımından bir miktar kısıtlaması öngörülmemiştir. Bu durumda miktarı ne olursa olsun her türlü adli para cezasına mahkumiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Ayrıca sanığın işlediği suçun kasıtlı veya taksirli olmasının da bir önemi yoktur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kural olarak tüm suçlar için geçerlidir. Ancak kanun bazı durumlarda buna istisnalar getirmiştir. Örneğin CMK'nın 231/14. maddesine göre, Anayasanın 174. maddesiyle koruma altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlar bakımından bu müessese uygulanmayacaktır.³⁷

Türk Ceza Kanunu 184/5 ve 230/5 maddelerinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması halinde de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceğini söyleyebiliriz.³⁸

³⁶ Centel/Zafer s. 703

³⁷ M. Ramazan AKSOY, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Ad. Der. Yıl. 99 S. 31 Mayıs/2008 s. 227, Değişiklikten önce 15 yaşından büyük sanıkların 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçları açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmayacağı düzenlenmişti. Ancak 25.07.2010 yürürlük tarihli 6008 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Terörle Mücadele Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'onbeş yaşını tamamlamamış' ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır. Resmi Gazete, Sayı: 27652, 25.07.2010, Kabul Tarihi: 22.07.2010, Kanun No: 6008, Madde 10/A-1, Buna göre Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç işlemesi halinde kısıtlama olmaksızın her çocuk hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecekti. 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı yasanın 105. maddesiyle 3714 sayılı yasanın 13. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre terör suçları yönünden de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı uygulanabilecektir.

³⁸ Yargıtay 10. Ceza Dairesi 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu kanun kapsamında oluşacak suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceği doğrultusunda kararlar vermiştir. Nitekim 20.12.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinin 11. fıkrasında karşılıksız çek keşide etmek suçlarında hükmün açıklanmasını geri bırakılması kararı verilemeyeceği hükmü altına alınmış, kanun açık ifadesiyle bu müessesenin uygulanmasına istisna getirilmişti. 31.01.2012 tarihli 6273 sayılı yasa ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. 10

Çünkü bu hallerde de gerekli koşulların sağlanması durumunda ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkacak ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhe sonuç doğurabilecektir. Ancak Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararlarında, TCK'nın 184. maddesinde tanımlanan 'İmar kirliliğine neden olma' suçu bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK'nın 231/6-c maddesinde öngörülen zararın giderilmesi koşulunun bu suçta gözetilmemesi gerektiğine ve dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğine karar vermiştir.³⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mevcut olması gereken diğer bir şart; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması gerekir. Buradaki kast doğrudan kast olabileceği olası kast derecesinde de olabilir. Başka kasıtlı bir suçtan dolayı takibat yapılıyor olması hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engellemez. İkinci suçun işlenmesinden önce ilk suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir. Daha önce, taksirli bir suçtan mahkum olma, yeni suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engellemez. Bilinçli taksir de taksir kavramına dahildir. Çünkü, bilinçli taksir de taksirin bir çeşidi olarak TCK m. 22'de taksir başlığı altında düzenlenmiştir.⁴⁰

Sanığın, daha önceki mahkumiyetinin ne kadar süre önce gerçekleşmesi gerektiği hususunda kanunda bir açıklama yer almamaktadır. Bu yüzden farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar kasıtlı suçun

CD'nin 02.07.2007 tarihli ve 2007/5010-2007/8222 sayılı kararı, Örneğin Daire 02.07.2007 tarihli kararında, '16c maddesindeki sözü edilen düzenleme uyarınca, çek bedeli, tazminatı ve gecikme zammının ödenmesi ya da icra kanalıyla ödeme suretiyle gerçekleşen tazmin işlemi ya da şikayetçiyle anlaşarak çek aslının geri alınması durumlarında ceza davasının düşürülmesine karar verileceği ve böylelikle, sanığın devletle olan tüm ceza ilişkisi sona ereceği; buna karşın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda, tazmin ile ceza davasının düşmesi sonucu doğmayacağı gibi, sadece ön koşullardan birisi yerine getirilmiş olacağı; ayrıca sanık hakkında 5 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi ek bir yükümlülüğe de hükmedilecek ve denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacağı; bu durumda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin sanığın aleyhine olacağı; bu nedenle karşılıksız çek suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmayacağı' yönünde karar vermiştir. aktaran Artuç s. 113

³⁹ 4. CD. 15. 9.2009, 19794-15117 aktaran Ali PARLAR, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Mayıs/2010 s. 17

⁴⁰ Centel/Zafer s. 704

ne kadar zaman önce işlenmiş olduğunun bir öneminin olmadığını, ne kadar süre önce verilmiş olursa olsun kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olması durumunda hükmün açıklanması kararı verilemeyeceği savunmuşlardır. Buna karşın Yargıtay, daha önce kastlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması şartını kişinin sabıka kaydında bulunan adli sicil bilgilerinin silinme koşullarının oluşmadığı durumlarda geçerli olacağını eğer daha önce işlenen suçun adli sicilden silinme koşulları oluşmuşsa, bu suçun, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağı yönünde kararlar vermiştir.⁴¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması yerine, böyle bir mahkumiyet bulunsa bile cezaların adli sicilden silinmesi koşulunun aranması eleştirilmiştir.⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuyla ilişkin olarak vermiş olduğu 3.2.2009 tarihli kararında; 'eski yasa döneminde işlenip, adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayaacağı, yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise infazdan sonra 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı'na hükmetmiştir.⁴³

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin suretiyle tamamen giderilmesi zorunludur. (CMK m. 231/6-c) Buradaki zarar kavramının maddi ve manevi tüm zararları kapsayıp kapsamadığı hususunda çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür. Kimi yazarlar buradaki zarar kavramından anlaşılması gerekenin sadece maddi zarar olması gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar buraya manevi zararında dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁴ Yargıtay'n yerleşik içtihatlarında

⁴¹ 3 CD 25.6.2008, 11405/9269 aktaran Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2010, s. 676, 2 CD 2007/19739-2008/5949, aktaran Artuç s. 118,

⁴² Necati MERAN, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri', *Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 23 Temmuz/2008* s. 66, Meran'a göre; 3682 sayılı Adli Sicil Kanununda ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununda öngörülen silinme koşullarına bağlı olarak bu kurumun uygulanması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluyla, suç işlemekte ısrar eden kişilerin cezasız kalması veya kamu davası açılmamış sayılmakla 'affı' sonucunu doğurabilecektir.

⁴³ CGK. 3.2.2009 11-250/13, aktaran Ünver/Hakeri s. 676, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1530

⁴⁴ Aksoy s. 237 Aksoy'a göre 'Mahkemenin tespit edeceği zarar sadece maddi an-

giderilmesi gereken zararın maddi zarar olduğu kabul edilmiştir.⁴⁵ Bu konuda ortaya çıkacak asıl sorun zararın tespiti noktasında olacaktır. Çünkü ceza mahkemelerinin zararın tespiti hususunda bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir anlamda sanıkla mağdurun anlaşmasına bağlanmıştır. Böyle bir anlaşmaya varılması halinde mahkemece onların anlaştığı miktarın zarar miktarı olarak kabul edilmesi mümkün olabilecektir.⁴⁶ Anlaşma olmadığı takdirde mahkeme basit bir araştırma ile zararı tespit edecektir.⁴⁷ Bu durumda sanık, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı giderdiğini mağdurun beyanı veya mağdurun imzasını taşıyan belge delili ile ispat edebilir.⁴⁸

Zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyp, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle de giderilmesi olanaklıdır.” 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararın saptanarak kalan kısmın da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.⁴⁹

Aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya maddi zararın tazmin suretiyle giderilmesinin söz konusu olmadığı, başka bir ifadeyle herhangi bir zararın doğmadığı veya maddi zarar doğurmaya elverişli olmayan (hakaret, tehdit vb.) suçlarda zararın giderilmesi koşulu aranmayabilecektir.⁵⁰

lamda bir zarar olmayıp aynı zamanda manevi zararı da kapsar. CMK madde 231/6-c’de ‘tamamen’ ve ‘tazmin’ ibarelerinin kullanılması da bu zararın sadece maddi nitelikte zarar olmayıp, suç nedeniyle ortaya çıkan bütün zararları kapsadığını göstermektedir.’

⁴⁵ 4. CD 18.02.2009, 19019 E 2733 K aktaran Parlar s. 2008, aynı doğrultuda görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531

⁴⁶ Aksoy s. 237

⁴⁷ Yargıtay 12. CD, 2011/18999 E 2012/11455 K ‘sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında katılanlar ile uzlaşmak ve zararı karşılamak istediğini, beyan ettiğini, katılanların bu konudaki olumsuz yaklaşımları nedeniyle, taraflar arasında uzlaşmanın sağlanamadığı anlaşılmakla, mahkemenin basit bir inceleme ile mevcut yaralanmalar nedeniyle katılanların uğradıkları maddi zarar miktarı tespit edilip, sanığa bu zararı giderme imkanı tanınıp sonucuna göre 5560 sayılı kanunla değişik CMK’nın 231. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde hüküm tesisi’

⁴⁸ Centel/Zafer s. 705

⁴⁹ CGK. 3.2.2009, 111-250/3

⁵⁰ Parlar s. 22, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531 aynı doğrultuda karar için bkz. 4 CD. 22.2.2010, 2256-2985, Artuç s. 120, 8. CD 2010/1260 E 2012/17 K, ‘herhangi bir zararın doğmadığı hallerde veya zarar doğurmaya elverişli olmayan suçlar

Sanığın mağdura veya kamuya verdiği zararı derhal yerine getirememesi durumunda, denetim süresi içerisinde aylık taksitler halinde ödemek suretiyle zararı tamamen gidermesi koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi mümkün olabilecektir. (CMK m. 231/9)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının diğer bir şartı sanığın bir daha suç işlemeyeceği yönünde mahkemece bir kanaate varılmış olmasıdır. Mahkeme duruşma süresince sanığın kişiliğini inceleyecek, duruşmadaki tutum ve davranışlarını değerlendirecek ve gelecekte, sanığın tekrar suç işlemeyeceği hususunda vicdani kanaate ulaşırsa, bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verebilecektir.⁵¹ Subjektif unsur yönünden hapis cezalarının ertelenmesiyle benzer bir nitelik taşımakla birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, sanığın 'yeniden suç işlemeyeceği hususunda kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünden bulundurularak kanaate varılması, ertelemede ise, yargılama sürecinde, kişinin suçtan pişmanlık gösterdiğine ve tekrar suç işlemeyeceği ilişkin bir mahkemece bir izlenimin oluşması gerekmektedir. Bu durumda ertelemeden farklı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, kişilik özellikleri dikkate alınacağından, mahkemece sanığın geçmişinin araştırılması ve buna göre bir tespitte bulunulması gerekebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 59/3. maddesinde yer alan düzenlemede, 'hukuk düzeninin korunması için failin cezaya mahkum edilmesi gerekli değilse' koşulunu getirerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veren hakimın takdir yetkisini kullanmasında maslahata uygunluk benzeri ölçüt belirlemiştir. Somut olayda hakim diğer koşulları oluşsa bile cezanın genel önleme işlevinin korunmasını amaçlayan bu madde gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermeyebilecektir.

yönünden zararı giderilmesi koşulunun aranmayacağı, 6136 sayılı yasanın 13. maddesinde düzenlenen suç bakımından da herhangi bir zarardan söz edilemeyeceği cihetle sanığın sabıkasız oluşu da dikkate alındığından CMK'nın 231. maddesinin uygulanması için gerekli objektif şartların mevcut olduğu gözetilerek, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarına göre, yeniden suç işleyip işlemeyeceği mahkemece değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi'

⁵¹ Artuç s. 119

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hakimın takdirine bağlı bir karardır, ancak hükmün açıklanması kararı verilmeden hükmün açıklanması halinde, Yargıtay mahkemenin gerekçesinin yeterli olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme hükmün açıklanmasına yer olmadığı kararı verdiğinde dayandığı olguları gerekçeli kararında belirtecektir. Sanığın önceden işlediği kasıtlı suç, koşulları oluştuğunda adli sicilden silindiği için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturmayacaksa da subjektif koşulun ele alınmasında belirleyici olabilecektir.⁵²

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde yetişkin sanık, beş yıl süreyle denetime tabi tutulur. (CMK m. 231/8) Çocuklar bakımından bu süre 3 yıldır. Hükmün açıklanması geri bırakılması kararının kesinleşmesinden itibaren denetim süresince dava zaman aşımı durur. Ayrıca denetim süresi içerisinde mahkeme, bir yıldan fazla olmamak kaydıyla belirleyeceği süreyle sanık hakkında CMK 231/8 inci maddesinde sayılan denetimli serbestlik tedbirlerinden birin veya birkaçının uygulanmasını kararlaştırabilir. Buna göre; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülükleri yerine getirmesine mahkemece karar verilebilir. Burada belirtmeliyiz ki 231/8. maddede öngörülen denetimli serbestlik tedbirleri ile hapis cezasının ertelenmesi kurumunun düzenlendiği TCK 51/4. maddesinde sayılan ve cezanın ertelenmesi halinde öngörülebilecek yükümlülükler benzerlik taşımaktadır. Ancak 231/8-c maddesinde 'takdir edilecek başka yükümlülükler' demek suretiyle torba bir hüküm getirilmiştir. Bu yönüyle iki kurum arasında farklı bir durum ortaya çıkmıştır. Şöyle ki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında mahkemece maddede sayılanlar dışında daha başka denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebilecekken, hapis cezasının ertelenmesinde 51/4. maddesinde düzenlenen yükümlükler sınırlı sayıda olduğu için mahkeme burada

⁵² Artuç s. 119, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1531

sayılanlar dışında başka bir yükümlülük öngöremez. Nitekim uygulamada mahkemeler sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdiklerinde ‘fidan diktirme’, ‘alkollü içki kullan-mama’ şeklinde yükümlülüklerle hükmetmişlerdir. Ama Yargıtay bu durumda da maddede sayılanlar dışında öngörülen diğer yükümlülükler bakımından infaz kabiliyeti aramaktadır.⁵³

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemez. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri denetim süresi içinde yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine ya da kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir. Seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu olan durumlarda ise mahkeme hükmü açıklarken zorunlu olarak kısa süreli hapis cezasını, TCK madde 50/3 gereğince seçenek yaptırımlardan birine çevirecektir.⁵⁴

Hükmün açıklanması geri bırakılmasına karar verilmesi uzlaşmayı etkilemez. Kovuşturma evresi uzlaşmada, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi söz konusu ise edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi durumunda sanık hakkında diğer koşullar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. (CMK m. 254/2) Uzlaşma nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde denetim süresi söz konusu olmayıp zararın giderilmesine ilişkin bir süreç söz konusudur. Ayrıca uzlaşma koşullarına uyulmuşsa kovuşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. (CMK254/1-253/19)⁵⁵

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara özgü bir siteme⁵⁶ kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma ve kovuş-

⁵³ 2. CD. 27.1.2010, 55430-1588, 2. CD. 18.11.2009, 42572-43139 aktaran Parlar s. 24

⁵⁴ Aksoy s. 243

⁵⁵ Centel/Zafer s. 707

⁵⁶ Mahkemenin verdiği hükmün açıklanması kararının kesinleşmesi halinde davanın esası kapatılır ve oluşturulacak kartona işin takibi açısından kararın bir örneği koyulur. Ayrıca CMK 231/13. ve Adli Sicil Kanununun 6. maddesi uyarınca, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünde tutulan bunlara mahsus bir sisteme kaydedilmesi ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 56/2 maddesi gereğince denetimli serbestlik defterine kayıt altına alınması için, Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

turmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (CMK m. 231/13)

Sanık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği ve mahkemenin emrettiği denetimli serbestlik tedbirlerine uyduğu takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve davanın düşmesine karar verilir. (CMK m. 231/10)

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirilmemesi durumunda, mahkeme geri bırakılan hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezasının yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurar. (CMK m. 231/11) Sanığın kasten yeni bir suç işlediğinin kabul edilmesi için, yeni suçtan dolayı hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekir. Çünkü mahkumiyet kararı kesinleşmediği sürece, kişinin suç işlediği sabit kabul edilmez.⁵⁷ Ancak geri bırakılan hükmün açıklanması için ikinci suçun denetim süresinde işlenmesi yeterli olacaktır yani bu süre içerisinde ikinci suçla ilgili mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekmez.⁵⁸ Mahkemenin sanığın durumunu değerlendirerek cezanın yarısına kadar ki belirlenecek kısmının infaz edilmesi özellikle sanığın denetimli serbestlik tedbirlerinin gereklerine bir süre uyduğu durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu şekilde cezanın bir kısmının infazından vazgeçilmesi durumunda, kalan ceza seçenek yaptırıma çevrilemeyecek ve ertelenemeyecektir.⁵⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231/11. maddesindeki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır. (CMK 254/2)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir. (CMK m. 325/2)

⁵⁷ Toroslu/Feyzioğlu s. 311

⁵⁸ Artuç s. 126

⁵⁹ Artuç s. 125

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, itiraz edilebilen ara karar niteliğindedir. (CMK m. 231/12) Ayrık bir hüküm öngörülmediğinden itiraz, genel hüküm niteliğindeki CMK m. 267-271. maddelerinde belirtilen şekilde yapılacaktır. Buna göre itiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe ve tutanağa geçirilme koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunma suretiyle yapılacaktır. Ayrıca CMK'nın 267 ve devamı maddelerinde, itiraza tabi olan kararlar yönünden CMK'nın 305. maddesinde benzer bir kesinlik sınırı getirilmediğinden, açıklanması geri bırakılan karardaki ceza, miktarı itibariyle kesin nitelikte olsa bile itiraz üzerine merciiince incelenecektir. Merciiin itiraz incelemesi sonucunda vereceği kararlar kesindir. (CMK m. 271/4)⁶⁰ Belirtelim ki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının reddi kararı verilmesi halinde hüküm varlık kazanacağından doğal olarak kanun yolu temyiz olacaktır.

CMK'nın 271. maddesi uyarınca, mercii tarafından kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız olarak inceleme yapılabilir. İtiraz mercii, CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak inceleme yaparak karar verir.⁶¹ Merciiin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm kurması veya liyakat koşulu bakımından değerlendirme yapması mümkün değildir. Evrak üzerinden inceleme yapabilen merciiin kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmadığından, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı düşecektir. Bu yönüyle, eylemin sanık tarafından işlenip işlenmediği, suç oluşturup oluşturmadığı, nitelendirmenin isabetli olup olmadığı, CMK'nın 231/7. maddesi hükmüne uyulup uyulmadığı ve benzeri gibi geniş kapsamlı bir hukuka uygunluk denetiminin yapılması olanaklı değildir.⁶² Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.01.2013 tarih ve 10-534/15 sayılı kararında, itirazı inceleyecek mercinin, işin esasına girerek suçun nitelendirilmesinin doğru olup olmadığını inceleyebileceği belirtilmiştir. Bu karara göre, mahkeme tarafından suçun nitelendirilmesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, itiraz merci, mahkemenin

⁶⁰ Parlar s. 26

⁶¹ GYG. 3.2.2009, 4-13/12 aktaran Parlar s. 26

⁶² 4. CD. 7.10.2009, 20718-15761 aktaran Parlar s. 27

nitelendirilmesinin yanlış olduğunu değerlendirebilecek, fiilin başka suç tipine girdiğini ve bu suç yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanmacağını belirleyerek mahkeme kararını kaldıracaktır.⁶³

Yasama organı tarafından 22.07.2010 tarihinde kabul edilen ve 25.07.2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren 6008 sayılı kanunla, 5271 sayılı kanunu 231. maddesinin 6. fıkrasına; ‘sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez.’ cümlesi eklenmiştir.⁶⁴ Bu değişiklikten sonra mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın bu kurumun uygulanmasını kabul etmesi gerekecektir. Başka bir ifadeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan diğer koşullar sağlanmış olsa bile sanık bu kurumun uygulanmasını istemezse, mahkeme hükmü açıklayacaktır. Sanık hakkında tesis edilen bu karara karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurabilecektir.

d) Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesinin düzenlendiği 5237 sayılı TCK’nın 51. maddesine göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl ve daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış ve altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.

5237 sayılı TCK’nın 51. maddesinde eski düzenlemeden farklı olarak yalnızca hapis cezaları ertelenebilmektedir.⁶⁵ Bu nedele mahkemece adli para cezasına hükmedildiğinde bu ceza infaz edilecek, hapis cezasına hükmedildiğinde ise diğer şartların oluşması koşuluyla cezanın infazı hakimnin öngördüğü süre içerisinde ertelenecektir. Hapis cezasının ertelenebilmesi için muhakeme neticesinde verilen cezanın iki yıl ya da altında olması gerekmektedir.

⁶³ Akatan Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 753

⁶⁴ Resmi Gazete, Sayı: 27652, 25.07.2010, Kabul Tarihi: 22.07.2010, Kanun No: 6008, Madde 7

⁶⁵ Hapis ve adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezası tercih edilirse bu ceza ertelenebilecekken, adli para cezasına mahkumiyet halinde bu ceza ertelenemeyecektir. Centel/Zafer/Çakmut s. 632, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 762

Kısa süreli hapis cezasının paraya çevrildiği düzenleme olan TCK'nın 50. maddesi ayrıık olmak üzere, ödenmemesi nedeniyle adli para cezasından çevrilen hapsin cezası ertelenemez. Zira bu hapis cezası tazyik hapsi niteliğindedir.⁶⁶ TCK'nın 50/3. maddesine göre, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl ve daha az süreli hapis cezası aynı maddenin birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlara çevrileceğinden ertelme kararı verilemeyecektir.⁶⁷

Güvenlik tedbirleri tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan tehlikelilik ile orantılı olan genellikle failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan kanunla belirlenen ve hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır.⁶⁸

5237 sayılı TCK, sadece hapis cezalarının ertelenmesini kabul ettiği için, güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi söz konusu değildir. 5237 sayılı TCK 53. maddede düzenlenen güvenlik tedbirlerinin çoğu, 765 sayılı TCK'da hapis cezasına mahkumiyete ek (fer'i) ceza olarak kabul edilmiştir.⁶⁹ Bu ek cezaların da 91. maddeye göre ertelenmesi mümkündü. 765 sayılı TCK madde 91'e göre, mahkeme kararında açıkça belirtmediği sürece, asıl cezanın ertelenmesi halinde fer'i cezada ertelenmiş sayılıyordu. Mahkeme, fer'i cezanın ertelenmesini uygun bulmuyorsa, kararında bu cezayı ertelme dışında bıraktığını açıkça belirtmesi gerekiyordu. Halbuki 5237 sayılı TCK madde 51'de ertelme, sadece hapis cezaları açısından kabul edildiği için, TCK 53. maddede yer alan belli hakları kullanmaktan

⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut s. 631

⁶⁷ 2. CD 09.03.2010, 4424-7126, '5237 sayılı TCK'nun 50/3. maddesi gereğince, daha önce hapis cezasına mahkum olmayan sanık hakkında hükmolunan yirmibeş gün hapis cezasının aynı yasanın 50/1. maddesi uyarınca adli para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi gerektiğinin yasal zorunluluk olduğunun gözetilmesi' aktaran Parlar s. 333

⁶⁸ Ayşe Nuhoglu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, s. 9

⁶⁹ Güvenlik tedbirlerinin ertelenebileceği durum Alman Ceza Kanunu'nun 67b maddesinde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanununun 67b maddesi gereğince, akıl hastanesine yatırma ve kötü alışkanlıklardan kurtarma amaçlı bir kuruma yatırma tedbirinin infazı ertelenebilir. Madde 67c'ye göre, akıl hastanesine yatırma tedbiri bir özgürlüğü bağlayıcı ceza ile birlikte hükmedilmişse ve özgürlüğü bağlayıcı ceza tedbirden önce infaz edilmişse, mahkeme hastaneye yatırma tedbirinin yerine getirilmesini erteleyebilir. Ayrıca kanunun 67e maddesi uyarınca, akıl hastaları ve uyuşturucu ve alkol bağımlıları hakkında uygulanan tedbirlerin, tedbirin infazı sırasında da ertelenmesine karar verilebilir. Nuhoglu s. 78

yoksun bırakma şeklindeki güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi söz konusu değildir. Gerçi buradaki yoksunluklara hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hükmedilmektedir. Ancak bu yoksunluklar bir ceza olmadığı için erteleme bölünmezliği ilkesi de söz konusu olmamaktadır.⁷⁰ Ancak TCK'nın 53/4 maddesine göre, ertelenen hapis cezasının kısa süreli olması durumunda hak yoksunlukları uygulanmayacaktır. Yine mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından hak yoksunlukları uygulanmayacaktır. Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın e bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

Müşadere, yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, suçun işlenmesinde kullanılan, cezai nitelikteki hukuka aykırı fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya en konulmasıdır.⁷¹ Müşadere 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde güvenlik tedbiri başlığı altında iki farklı biçimde düzenlenmiştir. Hakim tarafından müşadereye hükmedilmesi durumunda bu karar ertelenemeyecektir.⁷²

Suçların içtimai suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması, yani faile birden fazla ceza verilmesinin gerekli bulunduğu bir durumun ortaya çıkması halinde cezaların içtimai söz konusu olur. Nitekim birden fazla ihlalin varlığı halinde ve bunların için suçların içtimai söz konusu olmadığında kural gerçekleşen ihlal sayısınca ceza verilmesidir. Suçların içtimai ile arasındaki farkı ortaya koymak için bu tür içtimai 'gerçek içtima' da denmektedir.⁷³

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde cezaların içtimai kanunda mevcutken 5237 sayılı TCK'da bu konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle ki cezaların içtimaiinde erteleme kararının verilebilmesi hususu her iki kanun döneminde farklı şekilde yorumlanmıştır.⁷⁴

⁷⁰ Turhan (Ertelme) s. 31

⁷¹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara/2012,, s. 390

⁷² Önder s. 179, 'Bu kurum bazı kanunlarda güvenlik tedbiri ve yine bazı kanunlarda fer'i ceza ve ceza mahkumiyetinin neticesi olarak değerlendirilmektedir.'

⁷³ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2009/Ankara, s. 522

⁷⁴ Eski kanunda dönemindeki tartışmalar için bkz. İbrahim Şahbaz, 'Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu', Yar. Der. C. 27 S. 1-2 Y. 2001

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararına göre, 5237 sayılı Yasa uyarınca tertip edilen cezalarla ilgili olarak Yasanın 51. maddesinde yazılı erteleme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilirken, sanığa verilen cezaların toplamına değil, her bir suç için belirlenmiş cezalara ayrı ayrı bakılmalı ve erteleme keyfiyeti her suç için diğerlerinden bağımsız olarak takdir edilmelidir.⁷⁵ Aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin diğeri yönünden mahkemece olumsuz kanaatin oluşmasında etkili olmaması, ceza cinsi süresi itibarıyla erteleme dışında kalan suçun, bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun ertelenmesine engel teşkil etmemesi gerekir.⁷⁶

⁷⁵ CGK. 17.07.2007 169/170, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007 tarihli kararında içtima sorununu tartışmış ve bir sonuca ulaşmıştır. Ceza Genel Kurulunun ve Özel dairelerin uygulamalarında; 765 ve 647 sayılı Yasalar döneminde, aynı kararla verilen hükümlerin ertelenmesi söz konusu olduğunda, erteleme sınırının belirlenmesi sırasında toplam ceza dikkate alınmaktaydı. Bunun başlıca nedeni de önceki sistemde cezaların içtimayı gerektiren yasal düzenlemelerin mevcut oluşuydu. 5237 sayılı TCK'da ise durumun farklıdır. Cezaların içtimayı bu yasa da bir kurum olarak düzenlememekte, sadece 5275 sayılı yasa da münhasıran koşullu salıverme ile ilgili bir müessese olarak yer almaktadır. Bu durumun haricinde ceza uygulaması yapılırken her suçun bağımsız olarak tek başına ele alınması gerekmektedir. 647 sayılı Yasanın 6. maddesinde geçen '... biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimlerine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmekten sebep olacağı hakkında mahkemede kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir' ifadesinde yola çıkılarak böyle yorum yapılmaktaydı. Bu halde ertelemenin sebebi hükmünde yazılır.' ifadesi de, cezaların toplamının dikkate alınması yönündeki uygulamaya olanak sağlamaktaydı. Zira, hakimın sanığın suç işleme konusundaki eğilimini değerlendiren, birden fazla suç işlemiş kişinin suç işlemeye eğilimli olduğu şeklinde bir yorumla hareket edebilecekti. 5237 sayılı Yasanın 51. maddesinin 1. fıkrasındaki; '... suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir...' şeklindeki düzenlemeye bakılacak olursa, bu düzenlemenin 647 sayılı Yasanın 6. maddesindekinden farklı olduğu anlaşılabilmektedir. Öyle ki; burada suç işleme eğiliminden açıkça bahsedilmemekte, buna karşılık, tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkemede oluşacak kanaatin sanığın suçu işledikten sonra, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa göre ortaya çıkması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Şu halde, aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin diğeri için böyle bir kanaatin oluşumunda etkili olmaması gerekmemekle birlikte bunun gibi aynı anda işlenmiş iki suçtan birisinin ceza cins ve süresi itibarıyla erteleme kapsamının sınırının dışında kalmasının bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine engel teşkil etmemelidir. Ne 5237 sayılı yasa da, ne de bu yasa ile birlikte ve daha sonra yürürlüğe giren ilgili mevzuatta erteleme sınırının toplam ceza miktarına göre belirlenmesini gerektiren her hangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 632, Artut/Gökçen/Yenidünya s. 762, Öztürk/Erdem s. 436, Toroslu s. 423, Hakeri s. 481, Demirbaş s. 464, Gözübüyük s. 340

⁷⁶ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Bası, 2013, CGK

Erteleme cezanın bireyselleştirilmesi aracı olduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından birinin ya da bir kaçının cezasının ertelenmesi diğerlerinin ertelenmesi gerektiği neticesini doğurmayacaktır.⁷⁷

Muhakeme neticesinde verilen hapis cezasının tamamının tutuklu olarak geçirilmesi durumunda, 765 sayılı TCK ile 647 sayılı yasa döneminde diğer koşulları oluşturan cezanın ertelenebileceği, zira erteleme süresinin iyi halle geçirilmesi neticesinde ‘mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı’ için cezanın ertelenmesinin sanığın lehine olduğu savunulmuştur.⁷⁸ 5237 sayılı kanunun 51. maddesinde düzenlenen erteleme kurumunda ise deneme süresinin iyi halli geçirilmiş olması durumunda, hapis cezası infaz edilmiş sayılacağından, ertelemenin gerekli olmadığı savunulmuştur.⁷⁹ Bununla birlikte tutuklu geçirilen süre, 5237 sayılı kanunun 63. maddesi gereğince başka bir suçun cezasından mahsup edilebileceğinden, yeni kanunda döneminde de, erteleme kararı verilmesi sanığın lehine olacaktır.⁸⁰

27.11.2007, 1-207/249 ‘şu halde, aynı anda işlenmiş iki veya daha fazla suçtan birinin cezasının, diğer suçun cezasının ertelenmesi yönünde mutlak engel teşkil ettiğinin düşünülmemesi, eğer ertelemeye engel bir etki yaratıyorsa bunun denetlenebilir gerekçelere konu edilerek hükümde gösterilmesi gerekmektedir. Bunun gibi, aynı anda işlenmiş iki suçtan birisinin ceza cinsi ve siresi itibarıyla erteleme dışında kalması bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine, eğer yasal bir gerekçesi varsa engel teşkil etmeyecektir.’ aktaran Parlar s. 391

⁷⁷ Centel/Zafer/Çakmut s. 634, Kemal Seviner, ‘Cezaların Ertelenmesi’, *Adalet Dergisi* Y 59 S 5 Mayıs 1968 s. 250 ‘Hakim her olayda ve her sanığın şahsında erteleme hükmünün uygulanması düşünülmelidir. Birlikte aynı suçu işleyen sanıklardan ertelemeye layık olanlar seçilebilmelidir. Bunun sonucu olarak birlikte suç işleyenlerin bazılarının cezaları ertelenebilir, bazılarının ertelenmeyebilir.’

⁷⁸ İçel (Genel Hükümler) s. 372

⁷⁹ Toroslu s. 423, Hakeri s. 481, Öztürk/Erdem s. 437 Centel/Zafer/Çakmut s. 632, ‘tutuklu olarak çekilmiş ve artık infazı mümkün olmayacak cezanın teorik olarak ertelenmesi mümkündür. Ancak, cezanın tutuklu olarak çekilmesi durumunda, ertelemenin amaçlarının hiçbirinden artık söz edilemeyeceği bir gerçektir.’ Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 761 ‘kişinin mahkum edildiği hapis cezası esasen tutuklulukta geçirilmiş ise, artık erteleme kararı verilemeyecek, sadece mahsup işlemi yapmakla yetinilecektir. 765 sayılı TCK döneminde bu son ihtimalde erteleme kararı verilmesi mümkündü. Zira ertelemeye deneme süresi iyi hal ile geçirildiğinde mahkumiyet vaki olmamış sayılmaktaydı.’

⁸⁰ Aynı doğrultuda görüş için bkz. İçel (Genel Hükümler) s. 372, Alman Ceza Kanunu (StGB) 56/4. maddeye göre, erteleme cezanın belli bir bölümü ile sınırlandırılmaz. Tutukluluk süresinin veya başka bir hürriyeti kısıtlamasının mahsup edilmesi dolayısıyla, erteleme yolu kapanmaz.

Erteleme kararının verilebilmesi için kanunda objektif ve subjektif şartların oluşması gerekecektir. Buna göre, sanığın daha kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ertlemenin objektif koşululunu, sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşmasının sağlanması subjektif koşulu oluşturmaktadır. Aşağıda erteleme objektif koşulu ile subjektif koşulu ayrı olarak incelenecek, devamında erteleme kararının özelliği itibariyle genel değerlendirme yapılacaktır. Ertelemeye ilişkin yapılan bu açıklamalar uygun düştüğü ölçüde diğer erteleme çeşitleri içinde geçerli olacaktır.

da) Ertelemenin objektif koşulu: Sanığın daha önce kasıtlı suçtan üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması

daa) Sanığın Adli Geçmişine ilişkin koşul

Sanık hakkında, hükmedilen ve kanunda belirtilen sınırlar içinde kalan hapis cezasının infazının ertelenebilmesi için; sanığın daha önceden hiç suç işlememiş olması veya suç işlemiş ise, bu suçun kasıtlı bir suç olmaması veyahut da kasıtlı bir suç işlemişse, bu suç nedeniyle hükmedilen hapis cezasının 3 ayı geçmemesi gerekir.⁸¹ (TCK 51/1-a) Oysaki mülga 647 sayılı CİHK'nın 6/1 hükmünde adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmamak koşulu aranmaktaydı. Ayrıca sanığın adli geçmişinde yer alan, ertelemeye engel teşkil edebilecek olan üç aydan fazla mahkumiyete ilişkin kararın kesinleşmiş olması da zorunludur.⁸² Dolayısıyla önceki mahkumiyetin temyiz edilmiş olması, ertelemeye objektif olarak engel değildir; fakat, hakimnin bundan haberdar olması halinde, bunu subjektif olarak değerlendirecektir. Mahkumiyetin eskiliğinin, 10.12.1952 tarihli bir Yargıtay İct. Bir. Kararı'nda da belirtildiği üzere, ertelemeye engel olma yönünden önem taşımadığı savunulmuştur.⁸³

⁸¹ 'Önceden birden fazla hapis cezasına mahkumiyet varsa, bunların toplam süresinin değil, her birinin ayrı ayrı üç aylık süreyi geçip geçmediğine bakılması gerekir.' Öztürk/Erdem s. 439

⁸² Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, Ankara/2009, s. 73

⁸³ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ekim 2012, s. 659, Gözübüyük s. 339

Kanun, üç aylık mahkumiyeti kasıtlı suçlar için öngördüğü için taksirli suçlardan daha önceki mahkumiyet yeni işlediği suç için ertelemeyi engellemeyecektir. Daha önce bilinçli taksir ile işlenmiş bir suçtan mahkumiyet hükmü tesis edilmiş olması halinde dahi, ertelemeye engel değildir. Zira taksirli bir suçtan mahkumiyet, failin suç işleme iradesindeki noksanlığı ortaya koymaktadır. Başka bir ifade ile taksirli suç faili, bu taksir bilinçli dahi olsa, gerçekte suç işleme için eğilimli bir kişiliğe sahip değildir. 5237 sayılı TCK'nın 22. maddesinde düzenlenen taksirin içerisinde bilinçli taksir de yer almaktadır.⁸⁴ Kişinin koşullu olarak salıverilmesi durumunda mahkumiyet ortadan kalkmadığından ertelemeye engel oluşturmaz.

dab) Kısa Süreli Hapis Cezasından Çevrilen Seçenek Yaptırımların Ertelemeye Etkisi

Ertelemeye engel önceki hükümlülüğün bir ceza mahkumiyeti olması şarttır; bu itibarla ceza mahkumiyeti niteliğinden olmayan belirli seçenek yaptırımlara (tedbirlere) hükmedilmiş olması ertelemeye engel olmaz.⁸⁵

Erteleme kararı verilirken dikkate alınan önceki mahkumiyet, hapis cezasına ilişkin olmakla birlikte, bu ceza adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiş ise asıl mahkumiyet, hapis cezası değil, adli para cezası veya diğer seçenek yaptırım olduğu için böyle bir cezaya mahkumiyet de ertelemeye engel değildir.⁸⁶

Önceden mahkum olunan adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle hükümlü hakkında 5275 sayılı CGTİHK'nun 106/3 hükmü uyarınca tazyik hapsi uygulanması halinde de, sonradan hükmedilen ceza bakımından erteleme kararı verilebilir. Çünkü adli para cezası ödenmemesi durumunda, hükümlü hakkında hapis cezası verilmemektedir.

⁸⁴ Donay (Şerh) s. 80

⁸⁵ Dönmezer/Erman s. 33, 2. CD 02.03.2009, 175999-9488 'sanığın adli sicil kaydındaki, para cezalarından ibaret sabıklarının, 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesine uyarınca ertelemeye engel teşkil etmediği gözetilmeden suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaatin oluşup, oluşmadığı irdelenmeden sanığın sabıkalı geçmişi ve suç işleme eğilimi gerekçe gösterilerek hükümlenen cezaların ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi' aktaran Parlar s. 371

⁸⁶ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Ugulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2013, s. 439

Hükümlü sadece tazyik hapsine tabi tutulmaktadır. Zira, hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse, hapisten çıkartılır. Kaldı ki kanun, bu konuda sadece mahkumiyeti göz önüne almış olup, cezanın infaz edilmiş olup olmamasını aramamış bulunduğundan, para cezasının, ödenmemesi dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmiş olması halinde dahi erteleme imkanı ortadan kalkmaz.⁸⁷

dac) Ertelenmiş Mahkumiyetin Erteleme Kararına Etkisi

Eski ve yeni kanun dönemlerinde erteleme kararına bağlanan sonuçlar farklılık arz ettiğinden konuyu iki kanun dönemi içerisinde ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

765 sayılı TCK'nın 95. maddesine göre; deneme süresi içinde mad-denin gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak yeniden bir suç işleme-yen failin, ertelenmiş olan mahkumiyeti, esasen vaki olmamış sayılır. Bu durumda, sanığın daha önce mahkum olduğu cezanın 765 s. TCK ile 647 s. İnfaz Kanunu hükümleri gereğince ertelenmiş olması halinde, kişiye işlediği yeni suçtan dolayı verilecek hapis cezasının ertelenmesi mümkündür.⁸⁸ Çünkü, ertelenmiş olan önceki mahkumiyet, deneme süresi içinde yeni bir suçun işlenmemiş olması dolayısıyla ortadan kalkmıştır.. (765 s. TCK, m. 95, bent 2) Ancak eski kanun döneminde verilen erteleme kararlarında, esasen vaki olmamış sayılan mahku-miyettir, suç işlenmemiş sayılmaz.⁸⁹ Bu nedenle deneme süresinden sonra bir suç işlenmesi halinde, eski mahkumiyet objektif açıdan ertelemeye engel olmayacaktır. Ancak hakim, esasen vaki olmamış bu eski mahkumiyeti subjektif değerlendirme sırasında dikkate alabilecektir.

⁸⁷ Dönmezer/Erman s. 33, Seviner (erteleme) s. 249

⁸⁸ 2. CD, 23.6.2009, 26839-30105, '765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi gereğince, sanığın önceki erteli hükümlülüğünün üzerinden 5 yıl geçmiş olması nedeniyle, bu hükümlülüğün esasen gerçekleşmemiş sayılacak olması karşısında, CYY'nın 231/6. maddesi uyarınca, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir değerlendirme yapıp, sonucuna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle CYY'nın 231. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi' (aktara Parlar s. 168) Aynı durum, hapis cezasının ertelenmesi kararı verilirken de geçerli olacaktır.

⁸⁹ Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ondördüncü Baskı, 1997, s. 843

5237 sayılı TCK döneminde verilen erteleme kararlarında, denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır. (TCK m. 51/8) Yeni kanunda yer alan bu düzenleme, erteleme kararının koşullu af olmaktan çıkarılıp infaz kurumu haline getirilmesinin bir neticesi olarak gösterilmiştir. Buna göre, hakkında erteleme kararı verilen sanık, cezasını toplum içinde çekmektedir. Bu nedenle, cezasını hapis hanesinde çeken mahkum ile cezası ertelenen fail arasında bir fark bulunmamaktadır. Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK uyarınca verilen 3 aydan fazla hapis cezası ertelenmiş ve deneme süresi yükümlülüklerle uygun olarak geçmiş olsa bile, bu mahkumiyet varlığını devam ettirdiği için, sonrada verilen mahkumiyetin ertelenmesine engel teşkil edecektir.⁹⁰

Bununla birlikte, Adli Sicil Kanunun 9/1-a maddesine göre, cezanın ve güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması halinde adli sicildeki bilgiler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek arşive kaydedilir. Önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicil kayıtlarının esas alınması durumunda, ertelenmiş mahkumiyetin deneme süresini iyi hal ile geçirmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacağından ve infaz edilen ceza arşiv kaydına alınacağından sonraki mahkumiyet bakımından diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir. Ancak kanunun 4/1-b maddesinde, hapis cezasının ertelenmesi halinde denetim süresi, cezanın infaz edildiği sayıldığı hususu ile cezanın infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin kararın adli sicile kaydedileceği belirtilmiştir. Bu durumda hakim, adli sicildeki ertelemeyle ilişkin bu kayıtlardan, 3 aydan fazla bir mahkumiyet hükmü tespit edebilecektir.

dad) Genel veya Özel Affa Uğramış Mahkumiyetin Ertelemeye Etkisi

Devletin suçluyu cezalandırmaktan, verilen cezayı yerine getirmekten vazgeçmesini, ya da hükmedilen cezası hafifletmesini af olarak tanımlayabiliriz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, genel af ve özel af olmak üzere iki türlü af öngörmüştür.

⁹⁰ Turhan (Ertelme) s. 34 Bu açıdan 647 sayılı CİK ve 765 sayılı TCK'nın düzenlemesi 5237 sayılı TCK'ya göre failin lehinedir.

Kesin hükümden önce çıkarılan genel af karşısında af kapsamında olan suç yönünden dava açılmaz, devam eden dava varsa düşme kararı verilir. (TCK m. 65) Kesin hükümden sonra çıkan genel af, bir yandan hükmün yerine getirilmesini engeller, yani hükmün yerine getirilmesine başlanmış ise başlanmaz, başlanmış ise kesilir; af neticesinde ceza mahkumiyeti de bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu nedenle genel af ilan edilmesiyle ortada bir mahkumiyet kalmayacağından sonraki suç açısından erteleme ehliyeti yeniden kazanılacaktır.⁹¹

Genel af ilan edilmesiyle suç teşkil eden fiil ortadan kalkmamaktadır. Bu yönüyle sanığın işlemiş olduğu suç için verilen ceza genel af sonucu bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmış olsa bile, erteleme'nin subjektif unsuru olan 'suç işlemeyeceği konusunda kanaate varılması'nda dikkate alınabilecektir.

Hapis cezasının infazını durduran veya infaz kurumunda çekilecek süreyi kısaltan ya da adli para cezasına çeviren af, özel afdır. Özel af işlenen fiili suç olmaktan çıkarmadığından kamu davasının açılması, dava açıldıktan sonra af çıkmışsa, açılmış olan davanın sonuçlandırılması gerekmektedir. Özel af mahkumiyet üzerinde etkili değildir, cezayı hafifletmekte ya da türünü değiştirmektedir.⁹² 5237 sayılı TCK, eski kanunun aksine, özel affı sadece hapis cezaları yönünden kabul etmiştir. Dolayısıyla adli para cezasının özel affa azaltılması veya kaldırılması mümkün değildir.

Özel af ilan edilmesi durumunda, mahkumiyet varlığını koruduğundan, buna bağlanan sonuçlar geçerliliğini devam ettirecektir. (TCK m. 65/2) Yani özel affa uğramış olsa da eski mahkumiyet, sonra işlenen suçun ertelenmesine engel teşkil edecektir.⁹³

⁹¹ Toroslu s. 458

⁹² Toroslu s. 461, Öztürk/Erdem s. 308

⁹³ Eski kanun döneminde, özel affın ertelenmiş bir ceza üzerinde etkisi sorun teşkil etmekteydi. Gerçekten özel af infazı geri bırakılmış mahkumiyetler hakkında da uygulanabilir. Oysa deneme süresi içinde ertelenen cezanın infazı geri bırakılmış olmakla birlikte fail bu süreyi herhangi bir suç işlemeksizin geçirdiği takdirde mahkumiyet vaki olmamış sayılacaktır; sonunda vaki olmamış sayılacak bir mahkumiyetin ise özel affa girmesi kabul edilemez. Bu gibi hallerde özel affın erteleme düşüğü takdirde etki göstermesi gerektiği savunulmuştur. Dönmezer/Erman C: III s. 51, Ancak yeni kanun döneminde deneme süresinin suç işlemekten ve yükümlülöklere uygun şekilde geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacağından ertelenen ceza hakkında özel affın uygulanması mümkündür.

Adli Sicil Kanunun 9/1-d maddesi uyarınca, genel af ilan edilmesi durumunda mahkumiyete ilişkin adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır. Erteleme kararı verilirken, önceki mahkumiyetin tespitinde, arşiv kaydının esas alınması gerektiğini savunursak bu hüküm tartışmalara yol açabilecektir.

dae) Dava ve Ceza Zamanaşımına Uğramış Suç Oluşturan Fiilin Ertelemeye Etkisi

Yargılaması devam eden davanın zamanaşımına uğraması halinde, karar mercii bunu re'sen dikkate alacaktır. Dava zamanaşımının engelleri olmaksızın veya kesilme ve durmasına rağmen zamanaşımın süresinin dolması halinde, o ana kadar dava açılmamışsa, artık dava açılmaz; açılmış bir dava olup da, dava zamanaşımı süresi dolmuşsa, artık o davaya devam edilemez ve düşme kararı verilmesi gerekir.⁹⁴ Bu durumda sanığın işlemiş olduğu ve ertelemeye konu suçla ilgili dava zamanaşımı sürelerinin dolması hallerinde ortada bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından sonraki mahkumiyet yönünden erteleme kararı verilebilmesi olanaklıdır. Ancak bir suçla ilgili olarak dava zamanaşımı dolmasına rağmen, bu suç, failin işlediği başka bir suçtan dolayı 'cezanın bireyselleştirilmesinde' dikkate alınabilir. Zira işlenen fiil, dava zamanaşımının dolmasına rağmen, suç olma özelliğini muhafaza edecektir. Ertelemenin de cezanın bireyselleştirilmesine sağlayan bir kurum olduğu düşünülürse, işlenen fiil dava zamanaşımına uğramış olsa dahi ertelemenin subjektif unsuru yönünden hakim tarafından dikkate alınabilecektir. Başka bir ifadeyle, önce işlenmiş fiil için dava zamanaşımı süreleri dolmuşsa, ortada bir mahkumiyet hükmü olmayacağından objektif koşul bakımından ertelemeye engel teşkil etmeyebilecek, ancak hakim, sanığın ileride suç işlemeyeceği yönünde bir kanaate ulaşırken dava zamanaşımına uğramış olsa dahi önce işlenmiş ve hukuken aykırı fiili gerekçe göstererek erteleme kararı vermeyebilecektir.

Bir kimsenin aleyhinde kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmasına rağmen, mahkumiyet kararının hüküm tarihinden itibaren belli süre içinde infaz edilmemesi halinde ceza zamanaşımı söz konusu olur.⁹⁵ Ceza zamanaşımının dolması durumunda, mahkumiyet kararı

⁹⁴ Demirbaş s. 722

⁹⁵ Demirbaş (Genel Hükümler) s. 723

varlığını muhafaza eder, ancak infaz edilmez. Bu yüzden önceki mahkumiyet bakımından ceza zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile kesinleşmiş mahkumiyet hükmü varlığını koruduğundan erteleme kararı verilemeyecektir.

Ceza zamanaşımı süreleri derhal infazı gereken cezalara ait sürelerdir. Ertelenmiş cezalar, derhal infaz edilebilir nitelikte olmadıklarından, bunlarda ceza zamanaşımı hükmün kesinleştiği andan değil, ertelenen cezanın deneme süresi içerisinde düştüğü, yani suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.⁹⁶

daf) Şikayetten Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık

Şikayet, işlenen bir suçtan dolayı ceza davası açılmasının suçtan zarar görenin başvurusuna bağlanmasıdır.⁹⁷ Mahiyeti itibarıyla bir soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Şikayet hakkına sahip olan mağdur veya suçtan zarar gören, aynı zamanda şikayetten vazgeçme hakkına da sahiptir. Suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçmesi durumunda kovuşturma aşamasında açılan kamu davası düşer, soruşturma aşamasında ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Ancak bu sonucun doğması için, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmesi gerekir. Aksi halde vazgeçme sonuç doğurmaz.⁹⁸

Şikayetten vazgeçme, kural olarak ancak hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür. Hüküm kesinleştikten sonra artık şikayetten vazgeçilemez. Yani şikayetten vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. Ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde hükmün kesinleşmesinden sonrada şikayetten vazgeçmek mümkündür.⁹⁹ Şikayetten vazgeçme halinde ceza mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağından sonradan işlenmiş suç yönünden diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir.

Cezayı kaldıran şahsi sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşmektedirler. Başka bir ifadeyle, suç teşkil eden fiil işlenirken, kişinin

⁹⁶ Demirbaş (Genel Hükümler) s. 725

⁹⁷ Toroslu s. 397

⁹⁸ Toroslu s. 417

⁹⁹ Örneğin, 20.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunun 6/2 maddesi uyarınca hükmün kesinleşmesinden sonra da şikayetten vazgeçilebilmekteydi. Bu durumda ceza mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla beraber ortadan kalmaktaydı.

cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir durum mevcut değildir. Ancak, suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda, kişiye hiç ceza verilmemekte ya da cezasında indirim yapılmaktadır. Kanunda cezayı kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren sebepler etkin pişmanlık adı altında düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, bazı suçlar açısından etkin pişmanlığı kabul etmiştir. İşte ceza mahkumiyetinin bütün sonuçları ile ortadan kaldıran etkin pişmanlık hallerinde ortada bir mahkumiyet bulunmayacağından, kişinin bilahare suç işlemiş olması durumunda, bu suçtan verilecek hapis cezasının diğer koşullar gerçekleştiği takdirde ertelenmesine engel bir durum yoktur.

5237 sayılı kanunun 184. maddesinde imar kirliliğine neden olma suçu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrası şöyledir: ‘Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçları ortadan kalkar.’ Yine Ceza Kanunun 230/5. maddesinde; ‘aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.’ hükmü yer almaktadır. İşte 184/5. ve 230/5. maddelerinde belirtilen hallerde ortada bir mahkumiyet bulunmakla beraber kanun mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağını hükme bağladığından, kişinin bu suçtan sonra işlediği ikinci suç için hükmedilecek hapis cezası diğer koşullarında gerçekleşmesi durumunda ertelenebilecektir.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Hakeri s. 484 31.01.2012 tarihli 6273 sayılı yasa ile değişikliten önce 5941 sayılı Çek Kanunun 6. maddesinde karşılıksız çek keşide etme suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre; ‘Karşılıksız çek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre yasal ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı yasaya göre ticari işlerde temerrüt faizi üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında soruşturma aşamasında C. Savcısı tarafından kovuşturmayla yer olmadığı, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine ve mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra mahkemesi tarafından hükmün bütün sonuçları ile ortadan kaldırılmasına’ karar verilecektir. Burada belirtilen etkin pişmanlık halinde öngörülen bedelin ödenmesiyle beraber ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı için sonra işlenen suçun cezası diğer koşullarında oluşması durumunda ertelenebilecektir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendine göre gerek şikayetten vazgeçme ve gerek etkin pişmanlık halinde, verilen kararlar adli sicile kaydedilecektir.

Adli Sicil Kanunun 9/1-b maddesi uyarınca, ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme ve etkin pişmanlık hallerinde, adli sicildeki bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır.

dag) Tekerrüre Esas Alınmayacak Kadar Eski Bir Mahkumiyetin Ertelemeye Etkisi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından önceki mahkumiyet hukuki varlığını devam ettirdiği sürece, yeni işlenen suçun cezasının ertelenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak önceki mahkumiyetin tekerrüre esas teşkil etmeyecek derece eski olması durumunda nasıl hareket edilmesinin gerektiği noktasında tereddütler bulunmaktadır.

Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, sanık hakkında TCK'nın 58. maddesinde yer alan tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun kesinleşmeden sonra işlenmesi yeterli olup, cezanın infaz edilmiş olmasına gerek yoktur. Ancak yasa koyucu tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki cezanın infaz edilmesi koşulunu aramadığı halde, infazdan sonra belli bir sürenin geçmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Buna göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkumiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkumiyet halinde ise cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl geçmekle tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.¹⁰¹

Tekerrürdeki amaç, koşullarının oluşması durumunda özel bir infaz rejimi uygulanmak suretiyle failin tehlikeliliğini ortadan kaldırmaktır. Bu sebeple tekerrür için esas alınması gereken sürelerin geçmesinin önceki mahkumiyetin varlığı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yani tekerrür için öngörülen süreler geçmiş olsa dahi eski mahkumiyet varlığını sürdürecektir.

¹⁰¹ CGK. 08.04.2008, 57/74

Uygulamada önceki mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisinin bir süre ile sınırlı olup olmadığı ve kanunumuza göre bu hususta ne gibi karar alınması gerektiği konusunu bir içtihadı birleştirme kararı çözüme bağlamış bulunmaktadır. Bu karara göre; ‘... mahkumiyetin tekerrüre esas teşkil etmeyecek derecede eski olması, o mahkumiyeti ortadan kaldıracak hukuki sebeplerden bulunmadığından böyle bir durumda Ceza Kanunun 89. maddesi gereğince cezanın tecil olunamayacağına ekseriyetle karar verildi.’¹⁰² Özetle Yüksek Mahkeme bu kararında tekerrür süresi dışında kalmış olsa dahi, eski mahkumiyetin erteleme ehliyetini ortadan kaldırdığını belirtmektedir.

Bu içtihadı birleştirme kararının leh ve aleyhinde olmak üzere bazı düşünceler ileri sürülmüştür. Gerçekten tekerrüre esas olmayacak kadar eski olan bir mahkumiyetin ertelemeye engel olmayacağı açıklanmıştır. Ancak ertelemeye ilişkin maddenin açık olduğu ve üzerinden ne kadar zaman geçmiş olursa olsun, belirli sebeplerle ortadan kalkmamış bulunan mahkumiyetlerin ertelemeye engel olacağı kabul edilmiştir. Kanun sadece eski mahkumiyetten söz ettiğine ve hususta herhangi bir süre kaydı koymamış olduğuna göre, tekerrüre esas alınmayacak kadar eski mahkumiyetin ertelemeye engel olacağı düşüncesinin benimsenmesi daha doğru olacaktır.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, bazı kanunlar, açık hükümler koyarak yahut tekerrüre ilişkin hükümlere atıfta bulunarak eski mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisini bir süre ile sınırlandırmışlardır.¹⁰³

Yargıtay, 5237 sayılı TCK’nın yürürlük tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, yasada belirtilen tekerrür sürelerinin geçmesi hallerinde önceki mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinde engel oluşturmayaacağına hükmetmiştir.¹⁰⁴ Bu karara göre; ‘Hak yoksunlukları kural olarak 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandırılan, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY’nin 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun,

¹⁰² İct. Bir. Kar. 10.12.1952, 7/3

¹⁰³ Dönmezer/Erman s. 37

¹⁰⁴ CGK. 03.02.2009, E. 2008/11-250 K. 2009/13

bir kez mahkum olan bir kişinin ömür boyu bu mahkumiyeti olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul etmesi düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkumiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkumiyetlerin 231. maddesinin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden, 5237 sayılı TCY'nin teker-rür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınması ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağının kabulü adalet ve hakkaniyete uygun olacaktır.'

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için verilen bu karar, erteleme kurumu açısından da emsal teşkil edecektir. Yani 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde öngörülen beş ve üç yıllık teker-rür sürelerin geçmesi hallerinde daha önce işlenen kasıtlı bir suç için verilen mahkumiyet artık ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Ancak belirtmeliyiz ki, böyle bir yaklaşım yukarıda bahsettiğimiz 1952 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı olacaktır. Zira mahkeme kararları arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamakla birlikte, 2797 sayılı Yargıtay Kanunun 45. maddesi İçtihadı birleştirme kararlarının benzer olaylarda Yargıtay Genel Kurullarını ve Adliye mahkemelerini bağla-yacağını hüküm altına almıştır.

dah) Adli Sicile İlişkin Koşul

Sanık hakkında erteleme kararı verilebilmesi için daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olma şartı aranmaktadır. Böyle bir mahkumiyetin varlığı ise adli sicil bilgilerinden hareketle tespit edilecektir. Buradan hareketle erteleme kararı verilmesinde adli sicil mevzuatının¹⁰⁵ önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir.

¹⁰⁵ Türk hukukunda, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbiri hükümlülüklerine ilişkin bilgilerin otomatik işleme tabi bir sistem kullanılarak toplanması, sınıflandırılması, değerlendirilmesi, korunması ve gerektiğinde en çabuk ve doğru biçimde ilgililere bildirilmesine ilişkin yöntem ve esasları belirleyen yasa 1944 tarihli Adli Sicil Kanunu'dur. Daha sonra bu kanunun yerini 23.11.1990 tarih ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu almıştır. Bu Yasa da 2005 yılında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

5352 Sayılı Yasa'ya göre, hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkumiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasına takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezi Adli Sicilde tutulur. (ASK m. 2)

Adli Sicil'de kayıt altına alınacak olan bilgiler Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinde sayılmıştır. Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Kanun koyucu maddenin devamında ise adli sicile kaydedilecek mahkumiyet hükümlerine nelerin dahil olduğunu teker teker sıralamıştır. Burada bunların neler olduğundan bahsetmeyeceğiz ancak konumuzla ilgili olduğundan belirtmeliyiz ki; hapis cezasının ertelenmesi durumunda; (1) belirlenecek denetim süresi, (2) denetim süresinin yükümlülöklere uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi dolayısıyla cezanın infaz edilmiş sayılacağı hususu (3) ertelenen hapis cezasının infaz kurumunda çektilirilmesine ilişkin karar, adli sicile kaydedilecektir. (ASK m. 4/1-b)

Adli Sicile kaydedilemeyecek bilgiler Kanunu'nun 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile; a) disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkumiyet hükümleri, b) disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlar c) idari para cezasına ilişkin kararlar adli sicile kaydedilmez. (ASK m. 5/1)

Önceki mahkumiyetin varlığını sadece adli sicilde bulunan kayıtlara göre belirleneceğini söylersek; kanunun 5/1 maddesinde sayılan kararlar ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Başka bir ifadeyle disiplin suçları, sırf askeri suçlar, disiplin ve tazyik hapsi, idari para cezaları ertelemeye engel teşkil etmez. Yine hükümlölük kaydı adli sicilden çıkarılıp silinince, tabiidir ki, silinen kayda ilişkin mahkumiyetin ertelemeye engel olucu etkisi de artık söz konusu olmaz. Zira bu durumda da mahkumiyeti ispat imkanı kalmaz.¹⁰⁶

Yasa'da gösterilen mahkumiyet kararları önce Adli Sicil'e kaydedilir; daha sonra koşulları gerçekleştiğinde Arşiv'e aktarılır.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt. III Onikinci Bası, s. 37

¹⁰⁷ Bu koşullar kanunun 9. maddesinde sıralanmıştır: a) Cezanın ve güvenlik tedbirinin

Önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicil mi yoksa arşiv kaydının mı esas alınacağı hususu tartışmalıdır ve bu konuda öğretide çeşitli görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, Adli Sicil Yasasına göre adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınan eski mahkumiyetlerin ertelemeye engel oluşturmayacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁸ Diğer düşünceye sahip olan yazarlara göre ise, Adli Sicil Kanunu'nun 9. maddesi çerçevesinde adli sicil bilgilerine ilişkin kaydın silinme şartları gerçekleşmiş ve adli sicil bilgilerine ilişkin kayıtlar silinerek arşive kaldırılmış olsa dahi, yine aynı kanunun 10. maddesi çerçevesinde ertelleme konusunda karar verilirken yine mahkeme tarafından arşivden bu bilgilerin istenmesi ve dikkate alınması mümkündür. Ceza kanununun sisteminde önceki mahkumiyetin ertelleme bakımından dikkate alınması hususu adli sicildeki bilgilerin silinmesiyle sınırlanmamıştır. Bu nedenle, arşive kaldırılan mahkumiyete ilişkin hükümler de, ertelleme bakımından dikkate alınabileceği savunulmuştur.¹⁰⁹

Yargıtay, önceki mahkumiyetin tespitinde adli sicil kaydının esas alınması gerektiği görüşündedir. Dairelerin vermiş olduğu kararlarda, hakimın hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verirken adli sicil kayıtlarındaki mahkumiyetlerin silinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen araştırmasının gerektiği ve bu durum gözetilmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesinin yasaya aykırı olacağına hükmetmişlerdir.¹¹⁰ Bu du-

infazının tamamlanması, b) ceza mahkumiyetinin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) ceza zamanasının dolması, d) genel af hallerinde, adli sicil bilgileri, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır. (ASK m. 9/1) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkumiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Yabancı ülke mahkemelerince verilen adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir. (ASK m. 9/3) Burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemelerin adli sicil kayıtlarının silinmesine ilişkin yetkilerine son verilmiş olmasıdır. Artık kayıtları Adli Sicil'dem Arşive aktarma ve silme yetkisi, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce re'sen kullanılacaktır.

¹⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut s. 662

¹⁰⁹ Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara/2008, s. 1129, Bakıcı'ya göre; Adli Sicil Kanunun 9. maddesine göre adli sicildeki bilgilerin arşiv kaydına alınması halinde, 10 uncu madde uyarınca arşiv bilgileri istenerek gelen bilgiye göre sanığın hukuki durumu değerlendirilmelidir.

¹¹⁰ 2. CD. 24.11.2009, 7650-44232, 'Şikayetçinin bir tazminat istemi bulunmadığı gibi

rumda hakim, erteleme kararı verirken, adli sicilden silinme koşullarının oluştuğu bir mahkumiyet tespit ederse, söz konusu mahkumiyeti ertelemeye engel sayamayacak ve diğer koşulların sağlanması durumunda hapis cezasının ertelenmesi kararı verecektir.¹¹¹

Adli Sicildeki kaydın esas alınması durumunda türlü sıkıntılar ortaya çıkacaktır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanuna göre, adli sicildeki bilgiler, cezanın infazı tamamlandıktan sonra adli sicilden silinerek arşiv kaydına alınacaktır. Bu durumda sanık daha önce suç işlemiş ve işlediği suçun cezasının tamamı infaz edilmiş olursa kişi hakkında ikinci yargılamada diğer koşulların oluşması durumunda erteleme kararı verilebilecektir. Böyle bir durum ise erteleme müessesesinin konuluş amacına aykırı düşecektir. Çünkü erteleme ilk defa suç işleyen ve tesağüfi suçlular için getirilen bir kurumdur. Bu şekilde yani cezası infaz edilen her kişi hakkında uygulanma kabiliyetine sahip hale getirilmesi erteleme kurumunun getiriliş amacına aykırı düşecektir.

Arşiv bilgileri, Adli Sicil Kanunun 10/1-a maddesi uyarınca, bir soruşturma ve kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemeler tarafından istenebilecektir. Buradan hareket-

dosyaya yansıyan bir zararında belirlenmediği gözetilmeden ve sanığın adli sicil kaydındaki mahkumiyetlerinin silinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan yazılı şekilde şikayetçinin maddi ve manevi zararının karşılanmaması ve sanığın geçmişte sabıkasının bulunması biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle sanıklar hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231/6. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,' (aktaran Parlar s. 86), 9. CD. 18.3.2009, 14030-318, 'Sanığa ait adli sicil kaydında gösterilen ilamların onaylı suretleri getirilerek, Adli Sicil Kanununun 8/b maddesine göre adli sicil kaydından çıkarılma koşulları incelenip, 5271 sayılı CYY'nın 231/6. maddesinin (a) bendinde yazılı 'kasıtlı bir suçtan mahkum olmama' koşulunun bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra, koşullarının bulunduğu saptanması halinde, 8.2.2008 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesine zorunluluk bulunması,'

¹¹¹ 2. CD 22.3.2010, 7089-8633, 'Sanığın Isparta Ağır Ceza Mahkemesince adam öldürmeye teşebbüs suçundan verilen hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkumiyetinin adli sicilden çıkarılma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak, adli sicilden çıkarılma koşulları gerçekleşmiş ise, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olan sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın değerlendirildiği gerekçe gösterilerek cezanın ertelenmesine yer olup olmadığına karar verilmesi gerekirken bu hususları içeren yeterli ve yasal gerekçe gösterilmeden cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi,' (aktaran Parlar s. 329)

le denilebilir ki, önceki mahkumiyet adli sicilden silinse bile, arşiv kaydında bulunduğu sürece ertelemeye engel teşkil edecektir.¹¹² Ancak belirtmeliyiz ki, önceki mahkumiyetin tespitinde arşiv kaydının esas alınması ihtilaflı durumların ortaya çıkmasına neden olabilecektir: Yukarıda da değindiğimiz üzere, genel af ilan edilmesi durumunda ceza mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Bu durumda genel affa uğramış mahkumiyet ertelemeye engel oluşturmaz. Bununla birlikte, Adli Sicil Kanunun 9/1-d maddesinde, genel af ilan edilmesi durumunda adli sicildeki bilgilerin silinerek arşiv kaydına alınacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan çıkarılacak sonuç ise, genel affa uğramış olan ceza mahkumiyetinin, arşiv kaydının esas alınması durumunda daha sonra hükmedilecek cezanın ertelenmesine engel teşkil edeceğidir. Bu hüküm uygulamada çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Ayrıca arşiv bilgileri, ilgilin ölümü üzerine ve kanunun aradığı diğer şartların oluşmasıyla tamamen silinecektir. (ASK m. 12/) Bu hüküm gereğince, kişinin önceden bir mahkumiyetinin bulunması durumunda hükmedilecek cezanın ertelenmesi imkanı zorlaşacaktır.

Kanun koyucu hapis cezasının ertelenmesi kararının verilebilmesini, adli sicilden silinmiş olup olmadığını gözetmeksizin 'daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması' koşuluna bağlamıştır. Belirtmeliyiz ki hapis cezasının ertelenmesindeki maksat, esas olarak daha önce kasıtlı bir suç işlememiş kişilere bir şans tanıyarak cezalarının infazının toplum içinde gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Adli sicil kayıtlarının esas alınarak hukuki durumun tespit edilmesi kişilerin cezasız kalması görüntüsü verebilecektir. Çünkü önce hükmedilen cezanın infaz edilmesi durumunda adli sicildeki mahkumiyete ilişkin bilgiler silinerek arşiv kaydına alınacaktır. (ASK m. 9/1) Bu konuda belki şu şekilde bir çözüm yolu öngörülebilir: yargılamayı yapan hakim hem adli sicil hem de arşiv kaydını ister. Adli sicildeki kaydı esas almakla birlikte arşiv kaydında bir mahkumiyet hükmünü tespit etmesi durumunda ertelemenin subjektif unsuru olan suç işlemeyeceği konusunda kanaatin oluşmadığından bahisle hapis cezasını ertelemeyebilecektir. Kaldı ki 5237

¹¹² Faruk Turhan, 'Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar', EÜHFD, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Cilt. X, Sayı. 3-4, Yıl. 2006

sayılı TCK, sanığın daha önce kasıtlı bir suç işlemesi ve işlediği bu suç nedeniyle öngörülen cezanın 3 ayı geçmemesi hallerinde erteleme imkanı tanımıştır. Oysa ki 647 sayılı kanunun 6. maddesinde daha önce kasıtlı bir suç işlememiş olma koşulu aranmaktaydı. Kanun koyucu bu değişiklikle sınırlı bir biçimde de olsa kişinin daha önce kasıtlı bir suç işlemesi hallerinde de hakime hapis cezasını erteleme yetkisi tanımıştır. Bu sebeplerle arşiv kaydında mahkumiyete ilişkin bir bilgi yer alsa da burada adli sicil kaydı esas alınmalı ve hukuki durum buna göre tespit edilmelidir.¹¹³

dai) Yabancı Mahkemelerden Verilmiş Ceza Mahkumiyetlerinin Ertelemeye Etkisi

Yabancı mahkemelerden verilmiş olan ceza mahkumiyetlerinin TCK'nın 51. maddesine göre ertelemeye engel olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır.

Türk Ceza Kanununun ve hukukunun sisteminde kanunda açıklık bulunmayan hallerde yabancı ceza mahkemelerinden verilmiş olan hükümlerin ülkede etkili olmamaları kuraldır. Bununla birlikte, 51. maddede mahkumiyet kararının hangi mahkemeler tarafından hükmedilmesinin gerektiği konusunda bir sınırlandırma mevcut olmadığından yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının da ertelemeye engel olacağı söylenebilir. Ancak burada bu hükmün konuluş amacında önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu burada Türk Yargı Teşkilatını göz önünde tuttuğu ve Türk Mahkemelerini kast etmiş bulunduğu bir gerçektir. Genellikle yabancı kanunlar da aynı esası uygulamaktadır.¹¹⁴

Yabancı mahkemelerden verilen mahkumiyete ilişkin kararların, ulusal düzeyde hüküm doğurabilmesi için, uluslararası sözleşmelerin imzalanması yoluna gidilmektedir. Türkiye, bu konudan bir çok ikili ve çok taraflı sözleşmeye imza koymuştur. Ancak bunlar içinde

¹¹³ Ancak bu çözüm yolu eleştiriye açıktır; bir kere neden arşiv kaydının değil de adli sicil kaydının esas alınacağı hukuki açıdan açıklayamamaktadır. Kanun koyucu 3 aydan az demek suretiyle önemsiz suçlar bakımından kasıtlı suç işlenmesi halinde erteleme mümkün olacağını belirtmiştir. Diğer önemli suçlar bakımından bunun kabulü mümkün değildir.

¹¹⁴ Dönmezer/Erman C. III s. 35

en önemlisinin 'Ceza Yargılarının Milletlerarası Değerleri Konusunda Avrupa Sözleşmesi' (CYMDAS) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹¹⁵

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının göz önünde tutulduğunda çeşitli sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu sonuçlardan ilki 'ne bis in idem' ilkesidir. Bu ilkeye göre; bir kimse hakkında aynı fiili nedeniyle ancak bir kez yargılama yapılır. Bu nedenledir ki, sanığın aynı fiilden dolayı ikinci bir kez yargılanması mümkün olmaz. Nitekim, yabancı ülkede suç işleyen Türk vatandaşı hakkında, bulunduğu yer mahkemeleri tarafından ceza mahkumiyetine hükmedilmişse, aynı fiil nedeniyle bir kez de Türkiye'de yargılanarak cezalandırılması 'ne bis in idem' ilkesine aykırılık teşkil eder.¹¹⁶ Ancak TCK'nın 9. maddesinde, kural olarak suçun Türkiye'de işlenmiş olması halinde, yabancı ülkede verilmiş hükme 'ne bis in idem' etkisi tanımayarak, o kimsenin mutlaka Türkiye'de yeniden yargılanacağı düzenlenmiştir.

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının göz önünde tutulduğunda ortaya çıkacak diğer bir netice 'rastlantılı sonuç'tur. Bir yargıya başka bir olayın yargılanması ile bağlanan sonuç demek olan 'rastlantılı so-

¹¹⁵ Dönmezer/Erman C. III s. 35 1.3.1977 tarihli ve 2081 sayılı kanunla onaylanması uygun görülmüş ve metni 14.12.1977 tarih ve 16139 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış bulunan 'Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi' Bakanlar Kurulunun 19.9.1977 tarih ve 7/14157 sayılı kararnamesiyle onaylanmış ve Türkiye bakımından 26.1.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir; halen bir çok yabancı ülke açısından olduğu gibi, Türkiye bakımından da yürürlükte dir. Sözleşme, Avrupa Devletlerinin 'birbirlerinin mahkemelerin kendi mahkemeleri gibi saymaları ve onların kararlarının kendi mahkemelerinki imiş' gibi telakki etmeleri esasına dayanmaktadır. Sözleşmeye göre yabancı mahkeme kararı, kararın verildiği ülkede ne gibi sonuçlar doğuruyorsa diğer Devlette de aynı sonucu doğuracaktır.

¹¹⁶ Ünver/Hakeri (Ceza Muhakemeleri) s. 655 'ne bis in idem' ilkesi İHAS 7 numaralı Ek Protokol 4'te düzenlenmiştir. Ek Protokol 4/1'e göre, 'işlediği suç yüzünden bir devletin ceza ve ceza yargılaması usulü kanununa uygun olarak yargılanıp kesin hükümle beraat eden yahut mahkum olan kişi, aynı suç sebebiyle aynı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz yahut cezalandırılmaz.' İHAS 7 numaralı Ek Protokol 4 kesinleşmiş yargı kararlarının etkisini ulusal nitelikte kabul etmekte ve 'ne bis in idem' kesin yargının yeni bir davanın açılmasını önleme etkisini 'aynı devlet mahkemeleri' ile sınırlandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki, günümüz çağdaş ülkeleri mevzuat ve uygulaması bu ilkeyi artık uluslar arası etki doğurucu olarak kabul edip uygulamaktadırlar; yalnızca sınırlı sayıdaki suç açısından yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler açısından istisnalar getirmektedir.

nuç' da sözleşmelerle ve kanunlarla düzenlenir.¹¹⁷ Daha önce belirttiğimiz Ceza Yargılarının Milletlerarası Değer konusundaki Avrupa sözleşmesinde bu yolda hükümler vardır. (CYMDAS m. 56) Kanunumuz 'rastlantılı sonuç' bakımından yabancı ceza mahkemesi kararlarının sadece tekerrürde göz önünde tutulmasını kabul etmiştir.¹¹⁸ Gerçekten TCK'nın 58/4. maddesine göre; 'kasten öldürme kasten yaralama, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları' bakımından yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas alınacaktır.

Erteleme ile ilgili olarak Türk Ceza Kanununda, yabancı mahkeme kararlarının cezanın ertelenmesi yolunu kapatıp kapatmayacağı konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Bu durum karşısında, öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır.,

Bir görüşe göre, Ceza Kanunumuz sisteminde yabancı mahkeme kararının sonuç doğurmayacağı haller, TCK 58/4. maddesinde yabancı ceza mahkemesi hükümlerinin tekerrüre esas olmayacağının açıklandığı gibi, açık bir şekilde belirtilmek gerektiğinden, açıkça düzenlenmeyen hallerde, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararları 'Türk mahkemelerinden kararların' doğurdukları sonuçları doğurmalıdır.¹¹⁹ 647 sayılı CİK m. 6 uyarınca önceki mahkumiyetin 'adliye mahkemelerince' verilmiş olması halinde erteleme yeteneği ortadan kalkmaktaydı. Yeni kanunun düzenlenmesinde ise böyle

¹¹⁷ Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul/1988, s. 255, 'Cezanın 'kişiliğe uygun' bir müeyyide olabilmesi için, hükümlünün karakter yapısının iyice öğrenilmesi ve hakkında daha önce verilmiş olan 'mahkumiyet kararları' varsa, bunlarında göz önünde tutulması gerekir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Sözleşmesine, bu amaçla 'üçüncü kesimin ikinci bölümü' eklenmiştir: Önceki 'ceza mahkumiyetleri', Avrupa yargısındaki ceza tayin edilirken göz önünde tutulacaktır. Değer Sözleşmesine göre, 'Sözleşen Devletlerin mahkemeleri bir hüküm verirken, bir diğer suç dolayısıyla daha önce yüze karşı olarak yapılan bir muhakeme sonunda verilmiş olan Avrupa ceza yargısının göz önünde tutup, kanunlarının kendi ülkelerinde verilen hükümler için bağlanmasını öngördüğü sonuçların hepsini veya bir kısmını Avrupa Ceza Yargısını bağlayabilmelerini sağlayacak uygun tedbirleri alacaktır. (CYMDAS m. 56). Sözleşme bu hükmü sevk ederken, Ek I maddenin f bendi ile, devletlere çekince kullanmak yetkisini de vermiştir.'

¹¹⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 116, Yargıya yeni bir olay ve yargılaması söz konusu olmadan bağlanan sonuç demek olan 'ekleme sonuç' u kanunumuz yabancı yargılar bakımından düzenlenmemiştir. Bu konu Milletlerarası Değer Konusundaki Avrupa Sözleşmesinde ele alınmıştır.

¹¹⁹ Yenisey (Milletlerarası Ceza Hukuku) s. 260

bir sınırlama söz konusu değildir. Yani mahkumiyet kararı yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş olabilir.¹²⁰

Diğer görüşe göre, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değer Konusundaki Avrupa Sözleşmesinde belirtildiği üzere, taraf devletlerden birinde verilmiş bulunan mahkeme kararı bu ülkede hangi sonuçları doğuruyorsa, diğer taraf devletlerde de aynı sonuçları doğuracaktır. Ancak, bunun için taraf devletler mevzuatında gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle Türkiye’de bu konuya ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmadığına göre, yabancı mahkeme kararlarının ertelemeye engel teşkil edici bir etkisinin bulunmaması gerekir.¹²¹

Kanun koyucu tekerrüre ilişkin düzenlemede esas olarak yabancı mahkemelerin vermiş olduğu mahkumiyetlerin tekerrüre esas alınmayacağını belirtmiştir. Ancak sınırlı sayıdaki bazı suç türlerini kapsam dışında tutmuştur. Buradaki düzenlemeden anlaşılması gereken yabancı mahkemelerden verilen mahkumiyet kararlarının kural olarak Türk mahkemelerince dikkate alınması gerektiğidir. Eğer yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların ülke içindeki yargılamalar bakımından sonuç doğurması istenmiyorsa, tekerrürde olduğu gibi dikkate alınmayacağına dair istisnai bir hüküm getirilmelidir. Kaldı ki, yabancı mahkemelerin vermiş olduğu mahkumiyet kararları ‘ne bis in idem’ ilkesi çerçevesinde dikkate alınabilmektedir. Yine TCK’nın 17. maddesinde, ‘yabancı mahkemelerden verilen ve Türk Hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir’ hükmü yer almaktadır. Burada yabancı mahkemenin vermiş olduğu hak yoksunluklarına ilişkin karar ülkemiz uygulamasında doğrudan etki göstermemekle birlikte, yerel mahkeme yabancı mahkemenin bu kararını esas alarak Türk kanunlarının çizmiş olduğu çerçeve içerisinde hak yoksunluklarına hükmedebilmektedir. Tüm bu açıklamalar neticesinde yabancı bir ülkede verilen, usulüne uygun olarak adli sicile kaydedilen mahkumiyet kararları ertelemeye engeldir.

¹²⁰ Öztürk/Erdem s. 439, Demirbaş s. 616, Centel/Zafer/Çakmut s. 630, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 761, Hakeri s. 482, Demirbaş s. 659, Yenisey (Milletlerarası Ceza Hukuku) s. 261, Yenisey’e göre, cezanın ertelenmesini engelleme etkisi Değer sözleşmesine giren olaylar bakımından kabul edilmelidir.

¹²¹ Toroslu s. 424

647 sayılı CİK 6. madde uyarınca ancak adliye mahkemesinde verilen mahkumiyet kararları ertelemeye engel sayılmaktaydı. Başka bir ifadeyle, adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerce verilen mahkumiyet hükümleri tecile engel sayılmamaktadır. Eski kanun döneminde tartışma Askeri Ceza Kanunu 47. madde çerçevesinde yapılmaktaydı. Bir kısım yazara göre, As. CK. 47. maddesinde yer alan ‘evvelki mahkumiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olmaz’ hükmü uyarınca Askeri Mahkemeler ‘Adliye Mahkemeleri’ olmamalarına rağmen, bunların verecekleri mahkumiyet kararlarının erteleme ehliyetini kaldırmayacağını görüşünün geçerlilik taşımayacağı savunulmaktaydı. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, Askeri Ceza Kanunun bu hükmü, Askeri Mahkemelerden verilen hükümlerin ertelemeye engel olmaması, önceki mahkumiyetin askeri bir suça ait ve bu fiilin Türk Ceza Kanununda cezalandırılmamış olmasına bağlıdır. Bu bakımdan Askeri Mahkemelerin TCK’da cezalandırılan suçlardan dolayı verdikleri mahkumiyet hükümleri ertelemeye engeldir.¹²² Bu konudaki diğer görüş ise, Askeri Ceza Kanunun 47. maddesinin Türk Ceza Kanunun ertelemeye ilişkin hükümlerini değiştirmeyeceğinden bahisle, ertelemenin hakim için takdiri niteliği göz önüne alınacak olduğunda, askeri mahkemelerden verilmiş olan hükümlerin, ne olursa olsun, Adliye Mahkemeleri bakımından ve diğer şartlar bulunmak kaydıyla ertelemeye engel olmayacağı yönündeydi.¹²³ 5237 sayılı yasanın 51. maddesindeki düzenlemeyle Adliye Mahkemesi ibaresine yer verilmeyerek Askeri Mahkemelerin sırf askeri suç olmayan suçlar yönünden vermiş olduğu kararlarda obketif olarak ertlemeye engel oluşturacaktır.

Yukarıda sayılanların dışında idari para cezaları ertelemeye engel değildir. Yeni düzenleme ile fiil suç olmaktan çıkarılıp kabahate dönüştürülmüşse ertelemeye engel oluşturmamaktadır. Yine sanık hakkında daha öncesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmişse, bu karar ertelemeye engel değildir.¹²⁴ Erteleme kararı ve-

¹²² Erem/Danışman/Artuk s. 826

¹²³ Dönmezer/Erman s. 42

¹²⁴ 3. CD 07.04.2010 15690-6329 ‘sanığın sabıka sorgulamasında gözükken kaydın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair olduğu gözetilmeden bu hususun hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve ertelemeye engel olduğu gerekçesiyle

rilebilmesi için objektif koşulun gerçekleşmesinin yanı sıra subjektif koşulunda gerçekleşmesi gerekecektir.

db) Ertelemenin Subjektif Koşulu: Sanığın suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşması gerekmektedir.

Erteleme kararı verilebilmesi kişinin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşmasına bağlıdır.¹²⁵ Erteleme kararı kişinin geçmiş yaşamı ve suç işleme konusundaki eğilimine değil, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa dayandırılacaktır.

Erteleme kararı verilebilmesi için subjektif koşulun aranması nedeniyle erteleme, diğer aranan koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, mahkeme hakiminin takdirine bağlı olarak uygulanabilecek bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.¹²⁶ Ancak önemle hatırlatalım ki, takdiri demek, keyfi demek değildir. Mahkeme her kararını, bu arada erteleme kararını da delillere dayandırarak gerekçelendirecektir. (CMK m.34)¹²⁷

Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında, mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması gereği öngörülmüştür. Bu nedenle yargı makamı, 'erteleme' müessesesi konusunda maddede gösterilen şartların oluşup oluşmadığını gözetmek ve eğer hapis cezasının ertelenmesine karar vermeyecekse, bu kanaatinin gerekçesini de kararında göstermek zorundadır.¹²⁸ Hakimin gerekçede erteleme kararını tartışması subjektif unsuru tartışması takdir yetkisini kısıtlayacak, keyfiyete göre erteleme kararının verilmemesinin önüne geçecektir. Ancak belirtmek gerekir ki gerekçe, faili damgalayıcı, küçük düşürücü olamaz.

¹²⁵ bu hususun sanık aleyhine değerlendirilmesi' aktaran Parlar s. 325
¹²⁵ 'Yargılama sürecinden soruşturma ve kovuşturma evrelerini kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır.' Centel/Zafer/Çakmut s. 633

¹²⁶ Töngür s. 86

¹²⁷ Öztürk/Erdem s. 442, 2.CD 22.02.2010, 4308-4983 'sanık hakkında mühür bozma suçundan, 5237 sayılı TCK'nun 51. maddesine göre ertelemeye yer olmadığına karar verilirken sanığın suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşup oluşmadığı hususunu irdeleyen gerekçeye dayandırılması gerektiğinin gözetilmemesi' aktaran Parlar s. 338

¹²⁸ Şen s. 161

Ertelemeye karar vermek yargıcın takdirine bağlı olduğunu söyledik. Ancak Yargıtay takdirin objektif ölçülere dayandırılmasına önem vermekte ve bu hususu denetlemektedir.¹²⁹

Mahkeme, failin ilerde suç işlemeyeceğine kanaat getirirse erteleme karar verecek, getirmezse vermeyecektir. Hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilmesi için kişinin suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşturmuş olması gerekmektedir. Erteleme için aranan subjektif koşul, 647 sayılı CİK'ten farklı biçimde formüle edilmiştir. Gerçekten bu kanuna göre, mahkemenin, bu kanaatini failin 'geçmiş yaşamı ve suç işleme konusundaki eğilimleri'ne dayandırması gerekirken; YTCK m. 51/1 b uyarınca 'suçu işledikten sonra yargılama süreci içerisinde gösterdiği pişmanlığa' dayandırıcaktır.¹³⁰ Ancak buradaki 'pişmanlık' ile kanunun öngördüğü bazı suçlar için kabul edilen etkin pişmanlık farklı hukuki kavramlardır. Etkin pişmanlık, kovuşturmadan önce veya sonra gerçekleşmesine göre dikkate alınabilen yasal bir indirim nedeni olduğu halde, erteleme ise, deneme süresinde iyi hal geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı neticesini doğuran infaz kurumudur. Belli suçlar için öngörülebilen yasal indirim nedeninin aynı zamanda ertelemenin koşulu olarak kabul etmek mümkün değildir. Esasen erteleme için pişmanlık yeterli olmayıp, önemli olan bundan hareketle sanığın tekrar suç işleyip işlemeyeceğine dair ulaşılan kanaattir.¹³¹

¹²⁹ Toroslu s. 378

¹³⁰ Şen'e göre 'yeni düzenlemede, eski düzenlemede olmayan 'pişmanlık', yani suçu kabul etme ve işlemekten dolayı pişman olma' şartını getirmiştir ki, bu şart önceki düzenlemede bulunmadığı halde, 'erteleme' müessesesinin amacına aykırı bir şekilde 5237 sayılı Kanunla öngörülmüştür. Böylece, suçu kabul edenin ve pişmanlık duyanın cezası ertelenebileceğinden, hapis cezasının ertelenmesinden fayda umulan, fakat suçunu ikrar etmeyen failin cezası ertelenemeyecektir. Yeni düzenleme bir anlamda, ceza almak istemeyen faili suçu kabul etmeye zorlamakta, özgür iradesini bozmakta, 'erteleme' müessesinden yararlanmak isteyen ve bu imkanı kaçırmamayı hedefleyen kişiyi, ihtimal dahilinde bulunan mahkum olma korkusuyla, suçu işlememiş olsa dahi suçu işlediğini kabul etmek baskısı altında bırakmaktadır. Bu nedenle erteleme müessesesi bakımından 51. madde daha ağır şartlar içerdiğinden, eskiye yönelik olarak 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde öngörülen şartlar uygulanmalıdır. Faili pişmanlık zorunluluğu içinde bırakmak, onu işlemeyen bir suçu kabule mecbur bırakabilecektir. Hapis cezasının ertelenmesinde, failin olumlu kişilik sergilemesi, yargılamada iyi halini ortaya koyması ve cezası ertelendiği takdirde bir daha suç işlemeyeceği düşüncesine varılması, erteleme müessesesinin uygulanmasında yeterli görülmeliydi. Şen s. 159-160

¹³¹ İçel (Genel Hükümler) s. 375 2. CD 18.02.2010, 2753-4615, 'adli sicil kayıtlarına

765 sayılı TCK döneminde ertelme kararı verilebilmesi için hükümlünün duruşmada hazır bulunmuş olması gibi bir zorunluluk aranmamaktaydı ve erteleme koşulları duruşmada bulunan sanığa ihtar edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'da düzenlenen ertelemeye göre, hükümlünün 'yargılama sürecinde pişmanlık göstermiş olması' arandığından ve duruşmada hazır bulunmayan hükümlü açısından böyle bir kanaatin elde edilmesi mümkün olmayacağından, ertelme kararı verilmesi zorlaşacaktır.¹³²

Alman Ceza Kanunu'nun 56/3 maddesine göre, en az altı ay hapis cezası verildiği hallerde, hukuk düzeninin savunulması için ceza verilmesi gerekli ise, ceza ertelenmez. Kanun hükmü, mahkemeye belli bir sınırın üzerindeki suçlar bakımında erteleme subjektif şartını oluştuğunu değerlendirirken ölçüt getirmiş olmaktadır. Zira altı ay altındaki süreli hapis cezası istisna sayıldığından belli özellikleri taşıması halinde zorunlu olarak ertelenmektedir.¹³³ (StGB m. 47)

Taksirli suçta, kasıtlı suçtakine nazaran, kusurluluğun az olması ertelemeye liyakat hususunda hakime yol gösterici olabilir. Ancak bu durum taksirle işlenen her suçun diğer yasal şartların oluşması halinde zorunlu olarak erteleneceği anlamına gelmemelidir. Zira taksirli ile işlenen suçlarda kasıtlı suçlarla karşılaştırıldığında kusurluluk daha az ise de, failin sosyal tehlikeliliği daha az değildir.¹³⁴ Bu sebeple hakim, taksirli suçlarda her suçlu için ayrı ayrı değerlendirmede buluna-

göre ilamların kesinleşme tarihleride dikkate alındığında daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı 3 aydan fazla fazla hapis cezasına mahkum edilmeyen ve yargılandığı elektrik hırsızlığı suçundan da kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 51. maddesi uyarınca 'suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık' dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate göre hapis cezasının ertelenip ertelenmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekirken 'yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık' durumu irdelenmeden 'sanığın sabıkalı kişiliği ve suç işleme hususundaki eğilimi' şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeye dayanılarak ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi' aktaran Parlar s. 339

¹³² Öztürk/Erdem s. 442

¹³³ Hans Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, İstanbul 2007, Beta Yayınevi, s. 66, Mahkemenin sanık hakkında altı ayın altında kısa süreli hapis cezasına hükmedebilmesi için fiilde ve failin kişiliğinde bulunan özel şartlar, faili etkilemek veya hukuk düzenini korumak için hapis cezasına hükmedilmesini kaçınılmaz hale getiriyor olmalıdır. Kanunda öngörülen bu şartları taşımyorsa altı ayın altındaki hapis cezaları zorunlu olarak ertelenmekte ya da adli para cezasına çevrilmektedir.

¹³⁴ Toroslu s. 194

rak ertelemeinin subjektif şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecektir.

Ertelemeinin subjektif şartının tespitinde failin taksirinin derecesinin göz önünde tutulacağına dair, Türk Ceza Kanununda herhangi bir hüküm yoktur. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK'nın 51/1-b maddesine göre, 'yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceğine kanaat' edinilen suçlu hakkında, diğer şartların da varlığı halinde, cezasının ertelenmesine karar verilebileceği kabul edilmiştir. Durum böyle olmakla beraber, failin işlediği suç taksirli bir suç ise, kanunumuzun sistemi bakımından da, hakim, subjektif şartı takdir ederken, taksirin hafiflik derecesini göz önünde tutabilmesi hususunda bir engel yoktur. Gerçekten, erteleme kurumu hakim, mahkumun gelecekteki hali hakkında yapacağı bir teşhise dayandığı için, taksirin hafiflik derecesi, bu teşhis yönünden yararlanabilecek niteliktedir.¹³⁵

Ertelemeye suçlu ile ilgili şartlarından birini teşkil eden, subjektif şartın takdirinde, çeşitli devletlerin kanunları hakime yardımcı olmak üzere bazı kriterler vermişlerdir. Bu kriterler içinde, failin kusurunun derecesini esas alan kriter de vardır. Sonuç olarak suçun taksir ile işlenmiş olması halinde ertelemeye liyakat mutlak olmasa da çoğu halde mevcuttur.¹³⁶

Erteleme ehliyetini etkilemese de, fail hakkında verilen önceki mahkumiyete dayanılarak liyakat şartının gerçekleşmemesi sebebiyle reddedilen erteleme talebi kanuna aykırı sayılmamalıdır. Hatta, çok önce işlenmiş bir suç erteleme ehliyetine engel oluşturmada dahi, bu hali subjektif liyakat noktasından dikkate alan hakim kanuna aykırı hareket etmiş sayılmaz. Zira erteleme kararı sanığın ileride suç işlemeyeceği kanaatine varılması halinde verilmektedir. Bunun dışında, önceden açılan davada suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle beraat etmiş bulunan kimsenin sonradan aynı nitelikte işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükmünde, beraatle sonuçlanan önceki dava hakim tarafından ertelemeye subjektif liyakat noktasında dikkate alınabilmektedir. Sanığın daha önceden hiç mahkum olmamış

¹³⁵ Kayıhan İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul/1967 s. 217

¹³⁶ Önder s. 189

bulunması ertelemeye layık olduğu sonucunu doğurmaz, duruşmadaki hal ve tavırları ertelemeye layık olup olmadığını belirleyecektir. Önceden açılan takibi şikayete bağlı bir davanın, suçtan zarar gören kimsenin vazgeçmesi üzerine düşmesi halinde, sonradan işlenecek bir suçta, önceden düşmüş bulunan takibi şikayete bağlı davanın da incelenmesi neticesinde sanığın ertelemeye layık olup olmadığı hususu değerlendirilebilir. 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİK'in yürürlükte olduğu dönemde hakkında erteleme kararı verilen kimse, deneme süresini iyi hal ile geçirdikten sonra tekrar suç işlemesi halinde, önceki iyi hal ile geçirilen ertelenmiş ceza bu sebeple ertelemenin reddi için kabul edilemez ise de, geçmişte yaşanmış bir olay olarak kabul edilip bu noktadan suçlunun ertelemeye layık olmadığı neticesine varılırsa kanuna aykırı hareket etmiş sayılmaz.¹³⁷

Kesintisiz ve müteselsil suçlarda sanığın ertelemeye layık olup olmadığı önem arz etmektedir. Sanığın suç işlemek hususunda ısrar etmesi ve bunu bir süre devam ettirmesi belki bunun manevi bakımından ertelemeye layık bulunmadığı hususunda bir kanaat verebilir. Fakat, kesintisiz ve müteselsil suçlarda mutlak surette ertelemeyi kabul etmemeye imkan yoktur. Öğretide bu konu tartışmalıdır. Zevk için müteselsil olarak hırsızlık suçunu işleyen ile, karnını doyurmak için müteselsil hırsızlık suçunu işleyen kimselerin ertelemeye liyakat bakımından aynı işleme tabi tutulmasına imkan yoktur.¹³⁸

Ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından taşıdığı önemden ötürü göz önünde tutulması gereken her hangi bir meselede baş gösteren şüphe sanığın faydasınadır. Sanığa yüklenen suçun varlığı, cezayı ağırlaştırıcı özellikleri, takip kabiliyeti¹³⁹, sanığın kastı ve fiili

¹³⁷ Önder s. 190, Yeni kanun döneminde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda erteleminin subjektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun sanığın yargılamada gösterdiği pişmanlık ile belirleneceği belirtilmiştir.

¹³⁸ Önder s. 190

¹³⁹ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, 2007, s. 64, 'Yargılamanın şarta bağlandığı durumlarda, bu ilkenin uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Sanığın fiilinin dava zamanasına uğrayıp uğramadığı, fiilin af kapsamına girip girmediği, sanığın fiili hakkında kesin hüküm bulunup bulunmadığı ya da geçerli bir şikayetin var olup olmadığı şüpheli kaldığında, şüpheden sanığın faydalanıp faydalandırılmayacağı, bu ilkenin dayandırıldığı temele göre değişecektir. İlkenin temeli olarak, sanığın fiilinin dolayısıyla kusurluluğunun ispatının yapılmadığı durumlarda, onun mahkum edilmeyeceğinde görülürse, yukarıda sayılan durumlarda sanık mahkum edilmelidir. Çünkü söz

ile suç arasındaki illiyet bağı gibi önemli hususların bütün karanlık noktaları yapılan soruşturma ile aydınlanmamış olabilir. Sanığın bir suçtan dolayı cezalandırılmasının şartı, suçun şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle, karanlığı barındırmayan bir aydınlıkla ispat edilmiş olmasıdır. Şüpheli ve karanlık olaylar ve iddialar üzerine sanığın zararına olacak kanaatlere varılmaz ve bu doğrultuda hüküm kurulmaz. Sanık böylece, bu yoldan karanlık ve şüpheden faydalanır. Karanlık ve şüphenin mahkumiyeti önleyici tesiri, sanığın beraati sonucunu verir.¹⁴⁰ Yani hakim, sübut bakımından bir kanaate varamazsa, şüphesini % 100 yenemezse, o hususu sabit olmamış kabul edecek ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir.¹⁴¹ İşte buna, şüpheden sanığın yararlanması ilkesi (in dubio pro reo) denir.

‘In dubio pro reo’ kuralı ertelemeye subjektif liyakat şartının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Şöyle ki sanığın ileride suç işleyip işlemeyeceği konusunda hakim tam bir kanaate varamadığı zaman ‘in dubio pro reo’ kuralının uygulanıp uygulanmayacağı hususu gündeme gelecektir. Bir görüşe göre, failin ileride suç işleyip işlemeyeceği hususunda kesin bir kanaate varılamaması halinde ‘in dubio pro reo’ kuralı uygulanmalıdır; zira failin ileride ıslah olacağı kabul olunmalıdır. Esasen kabul edilen bu halin aksi olur ve fail bir suç işlerse, ertelenmiş ceza düşecek ve cezanın infazı yoluna gidilecektir. Fakat sanığın ıslah olmayacağı hususunda bir kanaat mevcut ise, bu halde erteleme hükümlerinin uygulanmasına imkan yoktur. Önder’e göre ise, sanığın ileride suç işleyip işlemeyeceği hususunda kesin bir kanaate varılamaması durumunda bu ilkenin uygulanmasına imkan yoktur; çünkü kanun hükmünün yorumunda sanık lehine hareket edilmesini gerektiren kural, bir hususun kesin surette tespiti mümkün olmaması halinde uygulanamaz.¹⁴² Erem’e göre; bütün araştırmalara rağmen suçlunun ertelemeye layık olup olmadığı hususunda gerekli

konusu durumlar sanığın kusurluluğuna ilişkin değildir. Aksine sanık hakkında kovuşturmanın yapıp yapılmayacağına ilişkindir. Yok ilkenin temeli, hukuk devletinde ve bunun ilkelerine göre, bir kişinin fiilinin devletin cezalandırma yetkisi içinde olması için, bu konuda şüphe edilmemesi olduğu noktasında görülürse, bu konuda tereddüt edildiğinde, sanık lehine sonuç çıkarmak gerekir ve sanığı bu ilkeden yararlandırmak yerinde olur.’

¹⁴⁰ Turhan Tufan YÜCE, ‘In Dubio Pro Reo’ kaidesi’, Ad. Der. Yıl: 53, Kasım-Aralık 1962, Sayı: 11-12, s. 1209

¹⁴¹ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 36

¹⁴² Önder s. 193

bilgi elde edilememiş ise erteleme kararı verilemeyecektir. Bu çeşit bilgilerin maddi vakıalar alanına gireceği ve bu sahadaki şüphenin 'sanığın lehinde yorumlanacağı' kuralına tabi bulunduğu akla gelebilirse de, şüphenin sanığın lehinde yorumlanması, istisnai bir niteliğe sahip olan ve bir kanuni lütuf vasfını taşıyan ertelemeye geçerli olamaz.¹⁴³

Siyasi suçların ertelenmesi hususunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara göre, adi suç-siyasi suç ayrımına erteleme konusunda yer vermek ve siyasi suç faillerinin ertelemeyi mutlaka faydalanmalarına imkan vermek lazımdır. Çünkü siyasi suç failleri ertelemeye her zaman layıktırlar. Ancak Erem, bu görüşü eleştirmekte ve bunu erteleme bahsinde yer vermenin doğru olmayacağını savunmaktadır.¹⁴⁴ Önder'e göre, siyasi suç bir kanaat meselesi ve bunun neticesidir. Siyasi suç faillerinin mutlaka ertelemeyi faydalanacağı kuralı hatalı olabilir. En iyi çözüm tarzı bu gibi kimselerin ertelemeye layık olup olmadığını, diğer suç faillerinde olduğu gibi, hakimnin takdirine bırakmaktır. Önder bu konuya ilişkin Alman Temyiz Mahkemesinin bir kararını aktarmaktadır. Bu karara göre, 'siyasi suç faillerinin mutlak surette ertelemeye layık olduklarını kabule imkan yoktur; çünkü siyasi suç bir kanaat, bir inanış ve bir değerlendirme neticesinde işlenmektedir. Failde bu inanış ve kanaat devam ettiği müddetçe ileride tekrar suç işleyecektir ve ertelemeye liyakat şartı bu sebeple gerçekleşmeyecektir. Fakat duruşma sırasında failin ileride suç işlemesinin saiki olabilecek olan siyasi telakkilerinden vazgeçtiği hususunda mahkemede bir kanaat oluşması halinde, diğer suçlar gibi siyasi suçun cezasının da ertelenmesi mümkündür.'¹⁴⁵

Fransız hukukunda, siyasi suç yönünden, ertelemeye, ayrıcalıklı bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bu hukuk sistemindeki erteleme'den siyasal suçluların faydalanabilecekleri kabul edildiği gibi, önceki siyasi suçun sonraki suça ilişkin ertelemeyi engellemeyeceği ve ertelemeyi sonra işlenen yeni suçun siyasi suç olması halinde erteleme kararının düşmeyeceği benimsenmiştir. Gerçekten bu hukuk sisteminde ertelemeye engel olucu mahkumiyet, ya da düşürücü mahkumiyet olarak, 'genel hukuka' ilişkin adi suçların mahkumiyeti olarak gösterilmektedir. Yine aynı hukuk sisteminde yer alan dene-

¹⁴³ Erem (Tecil), s. 892

¹⁴⁴ Erem/Danışman/Artuk s. 802

¹⁴⁵ Önder s. 194

timli serbestlik kurumu, siyasi suçlular için uygulanmamaktadır; fakat önceki siyasi suç sonraki adi suç'un kontrolü serbestisine engel olmamakta ya da herhangi bir 'adi suç' verilmiş kontrollü serbesti kararının düşmesini yol açmamaktadır.¹⁴⁶

Kanunda yapılan düzenleme gereğince erteleme genel önlemeyi sağlayıcı bir tedbir olarak düşünülmemelidir. Bu nedenle genel önleme gerekçesiyle erteleme istediği reddedilmemelidir. Nitekim basın ya da başka nitelikteki suçların artmış olduğu gerekçesiyle erteleme istemi reddedilmemelidir.¹⁴⁷ Alman Ceza Kanunu'nun 56/3 maddesine göre ise, en az altı ay süreli olan hapis cezasının verildiği hallerde, hukuk düzeninin savunulması ceza verilmesi gerekli ise, ceza ertelenmez. Bu düzenleme ile altı aydan fazla hapis cezalarına mahkumiyet halinde erteleme kararı verilebilmesi için cezanın genel önleme işlevini dikkate alınabilecektir.¹⁴⁸

Sanık hakkında TCK'nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim nedenini uygulanması halinde subjektif koşulun oluştuğundan yola çıkarak erteleme kararının verilmesi gerektirmez. Ancak mahkeme takdiri indirim uyguladığı hallerde subjektif şartın oluşmaması nedeniyle ertelemeye yer olmadığına karar verecekse, çelişkiye düşmeden bunu kararda göstermesi gerekir.¹⁴⁹

dc) Cezanın Ertelenmesi Kararı

dc)Erteleme Kararına Hükmedek Merci

Hapis cezasının infazının ertelenmesine hangi merciin karar vermesi gerektiği konusunda karşılaştırmalı hukukta iki ayrı çözüm yolu benimsenmiştir: bir çok ülkede, kişi hürriyetinin sınırlandırılmasına ait konularda tek yetkili merci yargı organı kabul edildiği için, erteleme yetkisinin de mahkeme ve hakime ait bulunması normal sayılmıştır.

¹⁴⁶ Köksal Bayraktar, Siyasal Suç, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1982, s. 191

¹⁴⁷ Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Kazancı Yayınevi, Üçüncü Bası, s. 339

¹⁴⁸ Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi, İstanbul/2009,

¹⁴⁹ 2. CD 15.02.2010, 3860-4066, 'sanığın yargılama sürecinde yargılama makamına karşı davranışları olumlu bulunarak hakkında 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, yargılama sürecindeki tutum ve davranışları göz önüne alınarak aynı kanunun 51. maddesi uyarınca ertelemeye yer olmadığına karar verilmek suretiyle gerekçede çelişki yaratılması' aktaran Parlar s. 341

Bu konuda ulusal hukukumuzun benimsediği ilke, ceza verebilme yetkisine haiz bulunan bütün yargı organlarının, ertelme yetkisinin kullanabilmeleridir. Cezai hükümler verme yetkisine sahip tüm ilk derece mahkemeleri ve kanunun öngördüğü istisnai hallerde yüksek mahkemeler de cezanın ertelenmesine hükmedebileceklerdir.

Cezanın ertelenmesi için yargılamanın taraflarının istemleri ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında olduğu gibi sanık tarafından ertelme kararının kabul edilmesi aranmamıştır. Tarafların talebi olmasa dahi hakim ertelme kararını re'sen verebilir.¹⁵⁰

dcb) Hapis Cezanın Ertelenmesinde Bölünebilirlik

Eski zaman yürürlükte olan 647 sayılı Kanunun 6 ıncı maddesinde, 'işlenen suçun değil hükmedilen sonuç cezanın' erteleneceği belirtilerek ertelemede bölünmezlik ilkesinin kabul edildiği belirtilmiştir.¹⁵¹

Yeni kanunda adli para cezasının ertelenemeyip hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olduğundan ertelemede bölünmezlik bir bakıma anlamını yitirmiştir. Üç halde ertelemenin bölünmezliğinden söz edebiliriz: Birinci ihtimale; bir ceza, ertelme sınırının üstündeysen, hakim ertelme sınırı içinde kalan miktar erteleyip, diğer kısmın infazına karar veremez; örneğin, 3 yıl hapis cezasının 2 yılı erteleyip, 1 yıl infaz edemez. İkinci ihtimalde ise, tutukluluk halinde geçirilen kısmın mahsup edilip, diğer kısmın ertelenmesine karar verilemez.¹⁵² Üçüncü ihtimalde, failin işlediği birden fazla suçtan birisinin cezasını erteleyip, diğerinin cezasının infazına karar verilmemelidir..¹⁵³ Zira böyle bir ayırım gerekçede çelişki yaratacaktır.

¹⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut s. 633, Seviner (Ertelme) s. 251

¹⁵¹ Töngür s. 114

¹⁵² Aksi görüş için bkz. Öztürk/Erdem s. 437, 'Buna karşılık, hükümlünün özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre, hükmedilen hapis cezasını tamamen karşılamıyorsa indirim yapıldıktan sonra kalan hapis cezasının ertelenmesi mümkündür'

¹⁵³ Demirbaş s. 664 Şu kararlar bu doğrultuda verildiği gibi, ertelemenin bölünmezliği kuralını da çok yerinde olarak açıklamaktadır. 'Cezaların şahsileştirilmesinin uygulanma biçimlerinden birisi olan ertelme sanığın kişiliği ile sıkı sıkıya ilişkili bulunması nedeniyle, mahkemece teker teker değil küll halinde mütalaa edilmesi gözetilmeden, aynı zamanda işlediği üç suçtan birisinin ertelenmesi, diğerlerinin ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesinde isabet yoktur. (6. CD. 9.5.1975, 2171/2257). Aynı gün işlenmiş olan her iki suçtan birinin cezası paraya çevrilmiş olan ikinci suçun cezasının, toplandığı suçtan ayrık düşünülerek ertelenmesine karar verilemez. (8. CD. 13.12.1977, 3447/8904) TCK nun 572/1 maddesi ile verilen ceza ertelendiği halde, 266/1 maddesi ile tayin olunan cezanın ertelenmesi isabetsizdir. (4. CD 5.12.1975, 6567/6597) Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/1989, s. 193

İçtimaya dahil olan cezalardan biri erteleme sınırı içindeyken (iki yıl hapis), diğeri sınırın dışındandır. (üç yıl hapis) Böyle bir durumda iki yıl hapis cezası yönünden erteleme kararı verilebilecektir.¹⁵⁴

Ertelemenin bölünmezliği ilkesi gereği ertelemeye ilişkin karar hapis cezasının tamamını kapsar; hapis cezasının bir kısmının ertelenmesi söz konusu değildir.¹⁵⁵

dcc) Gerekçe

Gerekçe; yargı mercilerinin kuşku ile başlayan ve infazla sonlanan zaman kesitinde, hükmün yazgısını belirleyen eylem, işlem, söz ve kararlarının, savunma hakkı ile kanun yollarının etkili olarak kullanılmasına olanak verecek şekilde tutarlı, yeterli, doğru, haklı, yasal, makul, vicdana uygun, olarak açıklanmasını hedefleyen bir etkinlik olarak tanımlanabilir.¹⁵⁶ Şekli bir tanım yapmak gerekirse; gerekçe (raison, ragione, mantıki sebep), psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan 'sonuç'un mantık yönünden dayanağını oluşturur.¹⁵⁷

Hükümlerdeki sonuçların mantıki delilleri olan gerekçeler, geriye veya ileriye bakarak bulunduklarına göre iki çeşittir. Birinciler sonucun 'neden'ini, ikinciler 'niçin'ini oluşturur. Örneğin cezanın ertelenmesinin 'neden'i, suçlunun geçmişteki haline (yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa), 'niçin'i (tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaatin oluşması) ise geleceğine bakar. Keza suçluya ceza bir suç işlemiş olması nedeniyle ve bir daha suç işlememesi için verilir.¹⁵⁸

Ertelemenin cezaların bireyselleştirilmesine ilişkin bir kurum olduğu ve talep olmadan da erteleme kararı verilebilir. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nın 51 inci maddesi düzenlemesinde, cezanın ertelenmesi veya bunun aksi yönünde verilecek bir kararın, mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi zorunluluğu yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasamızın 141/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34/1 maddeleri mahke-

¹⁵⁴ Aksi görüş için Demirbaş s. 620

¹⁵⁵ Öztürk/Erdem s. 443

¹⁵⁶ Hilmi Şeker, Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe, Beta Yayınevi, 2010 s. 14

¹⁵⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 73

¹⁵⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 75

me kararlarının gerekçeli olmasını hüküm altına almıştır. Bu hükümler karşısında denilebilir ki, mahkeme tarafından cezanın ertelenmesine karar verilmesi halinde, verilen kararın mutlaka gerekçeli olması gerekir.¹⁵⁹ Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. Bazı ülke kanunlarında ertelme kararı verilmesi halinde gerekçe gösterilmesinin gerekliliği kanunda ayrıca farklı bir hüküm de belirtilmiştir. Diğer taraftan kanunda açık hüküm bulunmasa dahi, hükmolunan cezaların derhal infazını gerektiren genel kurala bir istisna getirmesi dolayısıyla ertelme kararının verilmesi durumunda gerekçe gösterilmesi gerekmektedir.¹⁶⁰

Ertelme kararının bir 'gerekçeye' dayanması zorunluluğu ertelme kurumunun iyi sonuçlar doğurmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Ertelme ilk defa suç işleyenlere tanınmış bir kanuni hak değildir. İlk defa suç işlemiş olsa dahi suçlunun cezası ertelenemeyebilir. Yargıç münhasıran suçlunun ilk defa suç işlemiş olmasına bakarak ve yalnız bu sebebe dayanarak ertelme kararı veremez. Keza ilk defa suç işlemiş olanların ertelemeye layık oldukları yolunda kanuni bir 'karine' de mevcut değildir. Kanunen mevcut olmayan bir karinenin yargı kararları ile fiilen oluşturulmasının da önüne geçilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında, ilk defa suç işleyenlerin cezalarının mutlaka erteleneceği yolunda bir karinenin varlığından söz etmek zordur. Kanun, ertelme kararının gerekçesini, mahkumiyet hükmünde göstermek zorunluluğunu hakime yüklemek suretiyle ertelemeyi zorunlu olarak uygulanan bir kurum haline dönüşmesinin önüne geçmek istemiştir. Hatta gerekçe göstermek zorunluluğu karşısında hakim ertelme kararı vermekten ziyade vermemeye eğilimli olacağı ve bu suretle ertelme kurumunun kötüye kullanılamayacağı ileri sürülmüştür.¹⁶¹

¹⁵⁹ Töngür s. 123 Dönmezer'e göre 'ret haline ilişkin gerekçenin gösterilmesi yerinde olmazsa da, Yargıtay'ın kararları bu hususta, menfi de olsa gerekçe gösterilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Yargıtay, 'mahkemenin ne gibi makul, adil ve hukuki sebeplerden dolayı suçlunun cezasının ertelenmesi halinde bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirmemiş olduğunu araştırıp birer birer göstermeden ertelenmenin reddine karar vermesini' yolsuz saymaktadır. Talebin ret olduğu hallerde de mahkeme kararında mutlaka bir gerekçe gösterilmesi gerektiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bir kararı ile açıkça belirtilmiştir.' Dönmezer s. 330

¹⁶⁰ Süheyl Donay, 'Tecil Talebinin reddi halinde gerekçe göstermek zorunlu değildir', İÜHFİM, C. XXXVI S. 1-4, 1971, s. 631 vd. 'Fransız hukuk sisteminde hakim ertelme yetkisi tam olarak sınırsız olup hukuk hata halleri hariç Yargıtay'ın denetimine tabi değildir.'

¹⁶¹ Faruk Erem, 'Cezaların tecili kararı ve bunun neticeleri', Ad. Der. Yıl 1948 S. 8, s. 885 vd.

Asıl sorun ise erteleme talebinin reddi halinde, hakim gerekçe gösterip göstermemesi noktasındadır. Yargıtay erteleme talebinin reddi halinde gerekçe gösterilmesi gerektiği yolunda kararlar vermiştir. Fakat bu durum öğretilerde tartışmalıdır. Dönmezer-Erman'a göre, talep reddedildiği halde, gerekçe göstermek zorunlu değildir. Bu gibi hallerde ret kararının verilmesi, kanunun erteleme için koyduğu şartların yokluğunu da belirtir. Hatta gerekçe göstermenin zararları yararlarından daha çok olacaksa, haksız ve yersiz sonuçlara meydan vermemek için de gerekçe göstermek kaidesine bir istisna getirilmesi savunulmuştur. Buna göre, cezanın ertelenmesi isteği reddolunduğunda hakimi gerekçe göstermeğe mecbur tutmak 'o kişinin geçmişteki hal ve ahlaki durumunu herkesin gözü önüne yayıp serme ve dolayısıyla haysiyeti kırıcı ve cezalandırmadaki amacı aşan bir sonuç doğuracağı ifade edilmiştir.¹⁶²

Anayasanın 141/3. maddesinin açık hükmü uyarınca hakim ve mahkemelerin vermiş olduğu her türlü kararın gerekçeli olması gerekmektedir. Kuşkusuz buna erteleme talebinin reddine ilişkin karar da dahildir. Nitekim Yargıtay, 7.6.1976 gün ve 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; 'cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören bireyselleştirme kurumu olduğu Anayasanın 135 inci (1982 Anayasası 141 inci) maddesinin son fıkrası ve CMUK. nun 32. maddesinde (5271 sayılı CMK 34. madde) yer alan bağlayıcı, açık hükümler karşısında TCK. nun 89 ve 647 sayılı Kanunun 6 ıncı maddelerinde (5237 sayılı TCK 51. maddesi) yazılı erteleme isteğinin reddi¹⁶³ halinde de mahkeme yasal bir gerekçe göstermek zorundadır' biçiminde bir karar almıştır.

¹⁶² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 76, aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 634, Gözübüyük s. 340, Adil Sanal, 'Tecil Talebinin Reddine Gerekçe Gösterilmesi Lazım mı', Ad. Der. Yıl 57, Sayı 4, Nisan/1966, s. 284, Sanal'a göre, tecil talebinin reddinde değil cezanın re'sen hakim tarafından tecil edilmesi halinde gerekçe gösterme mecburiyeti yoktur.

¹⁶³ Ertelemenin reddi halinde gerekçe gösterilmesini savunanlara göre, erteleme kurumunun denetimi bakımından gerekçe gösterilmesi şarttır. Nitekim Anayasanın 141/3 CMK 34. maddeleri bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu durumda talebin reddi halinde de gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Kaldı ki erteleme hükümlerinin uygulanması hakim takdirindedir. Takdiri olması uygulamada keyfiliğe yol açmamalıdır. Keyfiliği önlemek için de mahkemenin vermiş olduğu erteleme talebinin reddine ilişkin karar gerekçesi olmalıdır. Ayrıca gerekçenin olmayışı cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine aykırı bir durum oluşturabilecektir. Hüseyin Denizhan, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme', TBBD, Y. 19 S. 65, 2006 s. 237

Hukukumuzda gerekçe göstermek kural göstermemek ise istisnai bir durumdur. Yani özel durumlar gerekçe göstermemeyi gerektiriyorsa, özel normlarla veya içtihatlarla istisnalar kabul edilebilecektir. Kanun hükmüyle getirilen bu istisnaları Anayasa aykırı bulmamak gerekir.¹⁶⁴

dcd) Lehe Kanun Uygulaması

5237 sayılı TCK'nın 51. maddenin sekizinci fıkrasında, 'Denetim süresi yükümlülöklere uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır' hükmüne yer verilerek, erteleme hapis cezası mahkumiyetinin sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı öngörölmüştür. 'Ertelenenin Kaldırılması' konusunu düzenleyen 765 sayılı Kanunun 95. maddesinde ise, erteleme süresinin suç işlemeden tamamlanması halinde, cezası tecil edilen mahkumiyetin esasen vaki olmayacağı belirtilmiştir. Böylece, hapis cezasının ertelenmesinin sonucu nedeniyle de eski düzenlemenin failin lehine olduğu anlaşılmaktadır. Kanun değişik 7. maddesinin üçüncü fıkrasında, hapis cezasının ertelenmesinde lehe olan hükmün uygulanacağı izah edilmiştir. Gerek ertelenenin şartlarıyla ilgili 647 sayılı Kanunun 6. maddesi ve gerekse ertelenenin sonucu hakkında 765 sayılı Kanunun 95. maddesi dikkate alınıp, eski ve yeni normlar mukayese edildiğinde, 'erteleme' müessesesinin doğurduğu netice itibariyle eski düzenlemenin failin lehine olduğunu söylemek isabetli olacaktır.¹⁶⁵

Erteleme konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 'Hapis cezasının ertelenmesi' başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasının 'b' bendi dikkate alındığında, 'suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması halinde' cezanın ertelenebileceği ifade edilmektedir. Böylece yeni düzenleme, eski düzenlemede olmayan 'pişmanlık'sartını getirmiştir ki, bu şart önceki düzenlemede bulunmadığı halde, 5237 sayılı Kanunla öngörölmüştür.¹⁶⁶ Bu durumda bir suç birliktede işleyenlerden suç kabul edenin ve pişmanlık duya-

¹⁶⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 77

¹⁶⁵ şen s. 164 Aynı doğrultuda görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 633

¹⁶⁶ Ersan şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006, s. 159

nın cezası ertelenebilecekken, hapis cezasının ertelenmesinden fayda umulan, fakat suçunu ikrar etmeyen veya pişmanlık göstermeyen failin cezası ertelenmeyeceği savunulmuştur.¹⁶⁷ Bu nedenle 'erteleme müessesesi bakımından 51. madde daha ağır şartlar içerdiğinden, eskiye yönelik olarak 647 sayılı Kanunun 6. maddesinde öngörülen şartların uygulanması daha lehe olabilecektir.¹⁶⁸ Bu düşüncenin aksini savunan bir başka görüşe göre ise, sanığın geçmişteki hali ve suç işleme eğilimi bir yana bırakılarak, sadece yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın değerlendirilmesinin öngörülmesi, 5237 sayılı TCK'nın daha lehe bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlar.¹⁶⁹ Çünkü böyle bir düzenleme erteleme kararının verilmesi için gerekli olan subjektif şartın kapsamını daraltmış olmaktadır. Tüm bu açıklamalar neticesinde subjektif unsur yönünden 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinde yer alan düzenleme sanığın lehinedir.

dce) Aleyhe Değiştirme Yasağı (Reformatio In Peius)

Cezanın infaz biçimine ilişkin uygulamalar aleyhe değiştirme yasağı kapsamı içinde değildir.¹⁷⁰ Bu durumda ertelemenin hukuksal niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Erteleme kurumunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin gerekçesinde, ertelemenin koşullu af olmaktan çıkarılıp ceza infaz kurumu haline getirildiği ifade edilmektedir. Yine kanunun 7/3. maddesinde erteleme kararının, infaz rejimine ilişkin bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu düzenlemelerden yola çıkılarak ertelemenin infaz rejimine ilişkin bir kurum olduğu ve bu nedenle aleyhe değiştirme yasağı kapsamının dışında tutulması gerektiği söylenebilir. Ancak böyle bir uygulama adil olmayan bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. O zaman nasıl bir çözüm getirilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkar. Ertelemenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmeden bu sorunun cevabının erteleme kurumunun düzenleniş amacında olduğu söylenebilir. Ertelemenin temel amacı, kişiyi cezaevine sokmadan cezasını toplum içinde çekerek ıslah olmasını sağlamaktır.

¹⁶⁷ İsmail Malkoç, Türk Ceza Kanunu, C I, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 373, Şen s. 159

¹⁶⁸ Şen s. 160

¹⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut s. 665

¹⁷⁰ Serap Keskin, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı', Prof. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir/2001 Keskin s. 418

Kişinin cezası ertelenerek cezaevinin kötü koşullarından kurtarılmış olmaktadır. Zira kanun koyucu hükümlüye bir şans tanıyarak deneme süresini suç işlemekten ve yükümlülüklere uygun şekilde geçirmesi halinde cezasının infaz edilmiş sayılacağı hükmünü getirmiştir. Bu şekilde düşünüldüğünde erteleme failin lehindedir ve sonradan verilecek hükümle kaldırılmamalıdır. Şekli bir yorumla yani ertelemenin infaz rejimine ait bir müessese olduğundan bahisle ‘reformatio in peius’ ilkesinin geçerli olmayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Bu durumda erteleme kararı verilen hüküm temyiz edilir ve Yargıtay tarafından bozulursa, yeniden yapılacak ceza muhakemesi bakımından daha önce verilmiş erteleme kararı saklı kalacaktır. Çünkü erteleme, failin kişiliği ile ilgili bir karardır; bir kez verilince kazanılmış hak¹⁷¹ oluşturur. Ancak yeniden yapılacak yargılama sonucunda verilen hapis cezasının süresi ertelemeye elverişli olmalıdır.¹⁷² Eğer erteleme kararı savcı ya da katılan tarafından temyiz edilirse, Yargıtay’ca kararın bozulması durumunda, ‘reformatio in peius’ (aleyhe değiştirme yasası kuralı) uygulanmaz. Yani önceki erteleme kararı sanık için kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden, mahkeme yapacağı yeni yargılamadan sonra erteleme kararı vermeyebilecektir.¹⁷³

¹⁷¹ Ceza hukukunda kazanılmış hak kavramı tartışmalıdır. Nurullah Kunter, ‘Aleyhte Düzeltme Yasağı’, İHFM, Cilt. XVIII, Sayı. 3-4, İstanbul/1952, s. 670 Reformatio in peius ilkesinin niteliği ile ilgili olarak çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu kural ‘kazanılmış hak’ kavramıyla açıklanmaya çalışılmıştır. 1412 sayılı CMUK’un yürürlükte olduğu dönemde kanunun 326 ıncı maddesinde yer alan bu kuralın gerekçesinde ‘madelet’ ve ‘müktesep hak’ kavramlarında bahsedilmektedir. Buradan yola çıkılarak denmiştir ki ilk hükümdeki sonuç, sanık bakımından kazanılmış hak oluşturur. Dolayısıyla sırf sanık üzerine temyiz üzerine sanığın kazanılmış hakkı elinden alınamaz. Nitekim Yargıtay, bugüne kadar vermiş olduğu kararların bir kısmında bu kuraldan ‘kazanılmış hak’ diye söz etmektedir. Ancak kazanılmış hak düşüncesi doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre Ceza Hukuku alanında ‘kazanılmış hak’ kavramının yeri yoktur. Zira ceza hukuku baştan aşağıya kamu düzeni ve sosyal savunma esasına dayanır. Suçlunun ‘kazanılmış hak’ından bahsedilmesi, diğer söyleyişle suçun hak kazandıran bir araç olması ahlaken ve hukuken kabul edilemez. Kazanılmış hak düşüncesi, ceza adaletinin hukuki, ahlaki ve sosyal esaslarına aykırılık teşkil etmektedir. Kanun, sanık lehine temyizde suçlu lehine hareket edilmesini toplum yararı bakımından uygun görmüştür. Centel/Zafer/Çakmut s. 635, 4. CD 13.04.2009, 9578-7123, ‘sanık tarafından temyiz edilen önceki hükümde, sanığa verilen para cezasının ertelenip, 20 taksitçe tahsiline karar verilmesine ve zorlama suçunda para cezasına hükmolunmamasına karşın 1412 sayılı CYY’nın 326/son maddesi uyarınca sanığın kazanılmış hakkı gözetilmeyerek yeni hükümde, cezanın ertelenmemesi, para cezasının 8 taksitte alınmasına karar verilip, zorlama suçunda hapis cezasının yanında para cezasına da hükmolunması’

¹⁷² Öztürk/Erdem (Genel Hükümler) s. 443, Centel/Zafer s. 699, Hakeri s. 484,

¹⁷³ Demirbaş s. 662

dd) Denetim Süresi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri

Ertelenen ceza, toplum içerisinde infaz edilmektedir. Toplum içerisinde de infaz olsa bile buna bir sınırlama getirilmesi gerekmektedir. Ertelemede cezanın infazını sınırlayan süreye deneme süresi denilmektedir.

Deneme süresinin belirlenmesinde çeşitli ülke kanunları ayrı yöntemlere sahiptirler. Bu sistemleri iki grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi olan ‘sabit süre sistemi’nde, deneme süresini kanun belirler. Yargıcın bu süreyi kısaltmak, uzatmak yetkisi yoktur. İkinci yöntem olan ‘takdiri süre sistemi’nde ise, kanun deneme süresinin üst sınırını belirler. Bu sınırı aşmamak kaydıyla deneme süresinin belirlenmesi her olayda yargıcın takdirine bırakılır. Birde bu iki yöntemi bünyesinde birleştiren karma sistem söz konusudur. Alt ve üst sınırı kanun tarafından belirlen ve hakim denetim süresini bu sınırlar arasında belirlediği ‘karma sistem’in erteleme kurumunun amacına uygun ve daha isabetli olduğu savunulmuştur.¹⁷⁴

Nitekim yeni TCK’da deneme süresi 647 sayılı CİK’unda olduğu gibi sabit olarak belirlenmemiştir. TCK m 51/3’e göre, deneme süresi bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere erteleme kararına ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemek üzere hakim tarafından belirlenir. Ancak denetim süresinin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz. Bu durumda denetim süresi en az bir yıl olmak zorundadır. Şayet fail bir yıldan fazla hapis cezasına mahkum olmuşsa, bu süre en az verilen hapis cezasının süresi kadar olacaktır. Kanunda yer alan düzenlemede, erteleme kararı verildikten sonra hakime deneme süresini uzatma ya da kısaltma biçiminde herhangi bir yetki tanınmamıştır.¹⁷⁵

Mahkeme tarafından, hükümle birlikte cezanın ertelenmesi kararı verilmesi halinde, denetim süresi, kararda mutlaka gösterilmelidir. Kararda, denetim süresinden bahsedilmemesi halinde, bu sürenin kararda belirtilen mahkumiyet süresinden az olmamak koşuluyla, bir yıl olarak kabulü gerektiği savunulmuştur.¹⁷⁶ Uygulamada ise denetim süresi belirlenmeden erteleme kararı verilmesi bozma nedeni sayılmıştır.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Erem/Danışman/Artuk s. 842

¹⁷⁵ Alman Ceza Kanunu’nun 56/a-2 maddesine göre, deneme süresi alt sınıra kadar kısaltılabilir veya sürenin sonra ermesinden önce, üst sınıra kadar uzatılabilir.

¹⁷⁶ Töngür s. 142

¹⁷⁷ 2. CD 03.03.2008, 20234-3709, ‘5237 sayılı TCK’nun 51/3. maddesi hükmüne aykırı

Denetim süresi, ertelme kararının verildiği andan itibaren işleme-ye başlar. Yargı yoluna başvuru süresi dikkate alındığında aksi durumun kabulü denetim süresinin uzamasına yol açacaktır. Buna karşılık uygulamada hükmün kesinleştiği anda denetim süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁸ Hapis cezasının infazının ertelenmesi kurumunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 56a-2 maddesine göre, deneme süresi ertelme hakkında kararın kesinleşmesiyle başlar.

Denetimli serbestlik, doğrudan doğruya hapis cezası dışında alternatif yaptırıma mahkum edilen kişilerle, koşullu salıverilen, cezası tamamen veya kısmen ertelenen ya da şartlı cezaya mahkum edilen kişilerin, düzenli olarak belirli bir merkezdeki kişilerin denetimi, gözetimi ve tedavisine tabi olarak belirlenen yaptırımlara tabi tutulmasıdır. Bu sistem ile denetime tabi tutulan kişiye, belirlenecek deneme süresi içinde, sosyal çevrelerinden koparılmadan toplumda kalma şansı verilerek, sanığın ıslahı amaçlanmaktadır.

Kanunumuz deneme süresi içerisinde hükümlünün denetime tabi tutulmasının öngörümüdür. Kanunun 51. maddesinin 4. fıkrasına göre

olarak, sanığın hapis cezasının ne kadar süreyle ertelenmiş olduğu ve hangi tarihte infaz edilmiş sayılacağı belirsiz bırakılacak şekilde, denetim süresi belirlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması' aktaran Parlar s. 384

¹⁷⁸ Öztürk/Erdem s. 444, Toroslu s. 426, Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara/2005, s. 72, Aksi görüş için bkz. İçel (Genel Hükümler) s. 379, İçel'e göre, yeni sistemdeki denetim sürelerinin hükmün kesinleşmesinden itibaren başlayacağı açıktır. Aksi takdirde, hükmün kesinleşmesinden önce denetim başlanmayacağına göre eski sistemdeki gibi sürelerin denetimsiz geçirilmesi gibi yeni sistemin niteliğine ve amacına tamamen aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 767, 'Denetim süresi, mahkemenin ertelme kararı verdiği tarihten değil, hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren başlar Zira hapis cezasının ertelenmesi, cezanın infazı ile ilgili bulunduğu, kesinleşmemiş bir mahkumiyetin infazına başlanamaz. (CGTİK m. 4)' Centel/Zafer/Çakmut s. 637, 2. CD 13.10.2009 31539-38167, 'TCK'nın 51/3. maddesi gereğince cezası ertelenen hükümlü hakkında öngörülen denetim süresinin karar tarihinde başlayacağına dair TCK'nın 51. maddesinde bir hüküm bulunmadığı gibi aynı maddenin 4. fıkrası gereğince hükümlü aleyhine bazı kısıtlamalara karar verildiğinde bunların yerine getirilmesinin ancak kararın kesinleşmesiyle mümkün olacağı ve aynı maddenin 8. fıkrası gereğince denetim süresinin yükümlülöklere uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağına düzenlendiği, bu nedenle ertelenmenin bir infaz rejimi olduğu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi gereğince de hükmün infazı için kesinleşmesi gerektiğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; cezası ertelenen sanık hakkında TCK'nın 51/3. maddesi gereğince öngörülen denetim süresinin kararın kesinleşme tarihinde başlayacağı gözetilmeden, karar tarihinden itibaren başlayacağına belirtilmesi' aktaran Parlar s. 353

hükümlünün deneme süresi içerisinde; a) Eğer bir meslek veya sanat sahibi değilse, bunu sağlamaya yönelik bir eğitim programına devam etmesine, b) Eğer bir meslek veya bir sanat sahibi ise, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkemece karar verilebilecektir. Ayrıca mahkeme, denetim süresi içerisinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir. (m. 51/5)¹⁷⁹

Madde de yükümlülükler karar verilebilir denilerek, bu konuda hakimlere takdir yetkisi verilmiş ve ayrıca maddenin 6. fıkrasında, 'Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine de karar verebilir.' şeklindeki hükümle bu husus ayrıca vurgulanmıştır. Ancak denetim süresinde hükümlünün 4. fıkra da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesine karar verilmişse, bu kararın infazı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunun 14/b. maddesine göre denetimli serbestlik müdürlüklerince yerine getirilecektir.¹⁸⁰

Bunun dışında denetim süresi içerisinde hükümlünün tabi olacağı denetim türü maddede tahdidi şekilde belirlenmiştir. Kanunilik ilkesi gereğince 51/4. maddesinde belirtilmeyen bir denetim türüne hükmedilmesi mümkün değildir.

de) Zararın Giderilmesi Koşuluna Bağlı Erteleme

5237 sayılı TCK'nın 51/2. maddesine göre, cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki

¹⁷⁹ Bununla beraber Yargıtay, denetim süresinin, herhangi bir yükümlülük belirlemeden ve de uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine karar verilemeyeceğini belirtmiştir. (10. CD. 2006/1284) Donay s. 82

¹⁸⁰ Töngür s. 137

hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanması kurumunun akisine 5237 sayılı yasanın 51. maddesinde düzenleme koşulu zararı giderme koşulu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme, takdir yetkisini kullanırken, verilen zararın ağırlığını, hükümlünün ekonomik durumu itibarıyla oluşan zararın ödeme yeteneğinin bulunup bulunmadığını ve bu koşulun somut olayda ertelemeden beklenen yararı azaltıp azaltmayacağını değerlendirerek kararını vermesi gerekir.¹⁸¹

Kanunun giderilmesini istediği zarar maddi zarardır.¹⁸² Zararın içerisine manevi zarar da dahil etmek erteleme kurumunun uygulanmasını zorlaştıracaktır.

Zararın giderilmesi koşuluna bağlı erteleme kararı verilebilmesi için suçtan zarar görenin davaya katılması zorunlu değildir.¹⁸³ Ancak uygulamada, ertelemenin zararın giderilmesi koşuluna bağlanabilmesi için davaya katılma koşulu aranmaktadır.¹⁸⁴

Cezanın zararı giderilmesi koşuluna bağlanarak ertelenmesi için, suçtan zarar görenin istemde bulunması gerekmemektedir. Hakim bu hususta re'sen karar verecektir. Ancak tarafın böyle bir istemi varsa, reddi halinde kararda gerekçesini belirtmelidir. Zararın giderilmesinde aynen iade veya suçtan önceki hale getirme mümkün ise, öncelikle bu durumun gözetilmesi, son çare olarak zararın tazminine yer verilmesi gerekir.¹⁸⁵

Kovuşturma ya da soruşturma aşamasında etkin pişmanlık veya başka nedenlerle zararın giderilmiş olması durumunda koşula bağlı erteleme kararı verilemeyecektir.¹⁸⁶

¹⁸¹ İçel s. 376

¹⁸² Zeki Hafızoğulları, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara/2008, USA Yayıncılık, s. 461, Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 765, Aksi görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut s. 635

¹⁸³ Centel/Zafer/Çakmut s. 636

¹⁸⁴ Öztürk/Erdem s. 443

¹⁸⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya s. 765

¹⁸⁶ Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 2009/Ankara, s. 1362

df) Cezanın Ertelenmesi Kararının Neticeleri

Muhakeme neticesinde mahkeme tarafında verilen erteleme kararı ile birlikte hapis cezasının infazı denetim süresi sonuna kadar geriye bırakılır. Hükümlü aynı suçtan tutukluysa erteleme kararı ile serbest bırakılır.¹⁸⁷

Mahkeme tarafından belirlenen denetim süresi içerisinde kasten suç işlenilmesi veya denetimli serbestlik tedbirine aykırı davranılması hali ile denetim süresi içerisinde suç işlenmemesi ve öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde kanunda belirtilen neticeler ortaya çıkacaktır.

dfa) Denetim Süresin İçerisinde Kasten Suç İşlenilmesi veya Denetimli Serbestlik Tedbirine Aykırı Davaranılması Hali

5237 sayılı TCK'nın 51/7 maddesine göre, hükümlü deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirinin gereği olan yükümlülükler hakimin uyarısına, uymamakta ısrar ederse, erteleme kararı geri alınarak ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir.

Erteleme kararı, ilk olarak hükümlünün deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle geri alınabilir. Bu durumda deneme süresi içinde işlenen yeni suç hakkında karar verecek olan mahkeme erteleme kararını geri alarak, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infazına karar verecektir.

Cezanın ertelenmesi kararı verilmesinden sonra işlenecek ikinci suçu cezasının miktarı ve türü önemli olmayacaktır. Hapis, adli para cezası veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi arasında fark yoktur.

Denetim süresinin başlangıcından önce bir suç işlenmesi halinde, önceki cezanın infazına karar verilemeyeceği gibi, denetim süresi sonlandıktan sonra da suç işlenmesi halinde de aynen infaza karar verilemez.¹⁸⁸

Kanunda kasıtlı suç işlenmesi halinde erteleme kararının kalakacağı ifade edilmiş ise de; kanun sistemimizde erteleme kararının

¹⁸⁷ İçel (Genel Hükümler) s. 380

¹⁸⁸ Töngür s. 146

düşmesi için kasıtlı işlenen suçun deneme süresi içerisinde işlenmesi yeterli olup, ayrıca deneme süresi içerisinde kesinleşmesi aranmayacaktır. Ayrıca 647 sayılı İnfaz Kanunundan farklı olarak, erteleme hallerde cezanın tamamen infaz şartı getirilmemiş, cezanın tamamen veya kısmen infaz edilmesi hususunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat hakimin bu takdir yetkisini kullanırken, yani cezanın kısmen mi, tamamen mi infaz edileceğine karar verilirken hangi ölçütlere göre hareket edeceği maddede gösterilmemiştir.¹⁸⁹

Yukarıda, yabancı mahkemelerden verilen hükümlerin erteleme-ye engel olduğunu belirtilmişti. Burada ortaya çıkan sorun ise, erteleme sonrasında yurt dışında bir suç işlendiği takdirde, bu suçtan dolayı erteleme düşüp düşmeyeceğidir. Öğretide kabul edilen husus, bu suçtan dolayı yurt dışındaki mahkumiyetin erteleme düşürmeyeceği, erteleme düşmesi için bu suçun Türkiye’de kovuşturularak Türkiye’de bir mahkumiyet kararının verilmesinin gerekli olduğudur.¹⁹⁰

Erteleme düşmesine dair kararı son mahkumiyet hükmünü veren mahkeme verir. Ancak esasen erteleme düşmesinden kaynaklanan netice kendiliğinden meydana gelir ve bu mahkemenin kararı sadece bir beyan niteliğindedir.¹⁹¹ Ancak uygulamada erteleme düşmesine ve cezanın infazına erteleme kararı veren mahkeme hükmetmektedir.¹⁹²

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, deneme süreleri içinde işlenen taksirli suçların erteleme kararına etkisinin bulunmamasıdır. Dolayısıyla deneme süresi içerisinde işlenen taksirli suç, önceki mahkumiyet nedeniyle verilen erteleme kararını düşürmediği gibi, şayet süresi iki yılı geçmiyorsa yeni işlenen taksir suçtan dolayı verilen hapis cezasının ertelenmesi de mümkündür.

¹⁸⁹ Cezanın ertelenmesi kararının düşmesi için mahkumiyet kararının verilmesinin yeterli olmadığı, bunun yanında hükmün kesinleşmesinin de beklenmesi yani, verilen mahkumiyetin ‘kesin yargı’ halini alması gerektiği belirtilmiştir. Töngür s. 148

¹⁹⁰ Demirbaş s. 656

¹⁹¹ Hakeri s. 487, Centel/Zafer/Çakmut s. 639

¹⁹² 8. CD 26.01.2010, 1564-656 ‘sanığın, ertelenmiş cezasının infazına ilk hükmü veren mahkemece karar verilmesinin gözetilmemesi’

dfb) Denetim Süresi İçerisinde Kasıtlı Bir Suç İşlenmemesi veya Yükümlülüklerin Gereğinin Yerine Getirilmesi

Deneme süresi yükümlülükler uygun ve herhangi bir kasıtlı suç işlemekten geçirilmiş ise, ertelenmiş ceza infaz edilmiş sayılır. 647 sayılı CİK'nunda farklı olarak ertelemeye deneme süresinin yeni bir suç işlemeksizin ve eğer kararlaştırılmış ise yükümlülüklerle uygun bir şekilde geçirilmesi halinde mahkumiyet vaki olmamış sayılmayacak, mahkumiyet varlığını koruyacak, fakat ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Bu durumda tekrerrür ve erteleme gibi hallerde mahkumiyete bağlanan diğer sonuçlar uygulanabilecektir. Başka bir anlatımla, deneme süresi sorunsuz geçirilse dahi, erteleme, daha sonra işlenecek suçların ertelenmesine engel teşkil edeceği gibi, tekrerrür bakımından da dikkate alınacaktır.

Netice

Erteleme, tesadüfi suçlular ile hayatında ilk defa suç işleyenler için kabul edilen önemli bir kurumdur. Yargılamanın hangi safhasında olursa olsun, hayatında hiç suç işlememiş, ancak cezası az olan suçta karışan sanık için cezaevinde girmemesi yönünden yeni bir şans tanınmaktadır. Zira erteleme kapsamında kalan kısa süreli hapis cezalarının sanık üzerindeki etkisi olumsuz olmaktadır. Sanığın cezaevine girmektense belirlenen yükümlülüklerle cezasını toplum içerisinde çekmesi bütün gelişmiş hukuklarda kabul edilmektedir. Cezanın genel ve özel önleme etkisi kısa süreli hapis cezaları yönünden her zaman geçerlilik taşımamaktadır. İtiyat suçlular yönünden kısa süreli hapis cezaları caydırıcı olmadığı gibi, tesadüfi suçlular yönünden ıslah edici etkisi bulunmamaktadır. Bazı durumlarda kişi hakkında yalnızca dava açılması, sanık üzerinde güçlü bir baskı oluşturacağı gibi, bazı durumlarda sanığın duruşmaya çıkması durumu ceza vermekle eş değer etki yaratmaktadır. Bu nedenle yargılama aşamasının her safhasında erteleme müessesine kabul etmek cezaların caydırıcılığı etkisini azaltmadığı gibi, kişiye yeni bir şans vererek topluma yeninde kazandırılması yolunu açacaktır. Uygulamada özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda mahkemeler tarafından yoğunlukla uygulanmaktadır. Ancak, erteleme müessesinin yanlış uygulanması da suçların cezasız kaldığının intibasını yaratacağı gibi,

hakimin her somut olayda toplumsal gerçekleri dikkate alarak erteleme kurumunu uygulaması gerekmektedir. Ülkedeki ceza evlerindeki mahkum sayısının fazlalığı ve mahkemelerdeki iş yoğunluğu erteleme kurumunun uygulama alanını genişletmiştir. Ancak böyle bir saikle erteleme kurumunun bir çok sabıkası olan sanık yönünden de çoğu olayda uygulanması hukuk düzenini korumayacağı gibi ertelemenin getiriliş amacına uygun düşmeyecektir. Zira erteleme kurumunun getiriliş amaçlarından en önemlisi kişiyi cezaevine girmeden ıslah olmasının sağlanmasıdır. Erteleme kurumunun şartları oluşmadan her olayda uygulanması suçların önlenmesine hizmet etmeyeceği gibi artmasına yol açabilecektir. Bu nedenle ülkedeki hukuk birliğini sağlayan yüksek yargının erteleme kurumunun uygulanmasında objektif kriterler belirleyen kararları önemlidir. Böylece ertelemenin getiriliş amacına aykırı uygulamalarında önüne geçilmiş olacaktır.

KAYNAKLAR

- Aksoy M., Ramazan, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Ad. Der. Yıl. 99 S. 31 Mayıs/2008
- Artuç, Mustafa, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 21, Mayıs 2008
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. Baskı. Ankara/2013, s. 736-770
- Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi', Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, s. 55-87
- Bakıcı, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara/2008
- Bayraktar, Köksal, Siyasal Suç, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1982
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9. Bası, Ekim/2012
- Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara/2005
- Denizhan, Hüseyin, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme, TBB, Y. 19, s. 214-245
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ekim 2012, s. 656-666
- Donay, Süheyl, 'Tecil Talebinin reddi halinde gerekçe göstermek zorunlu değildir', İÜHF, C. XXXVI S. 1-4, 1971, s. 631-645
- Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi

- Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul/2003, Şefik Matbaası
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt. III Onikinci Bası
- Erem, Faruk, 'Cezaların tecili kararı ve bunun neticeleri', Ad. Der. Yıl 1948 S. 8, s. 885 vd.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ondördüncü Baskı, 1997,
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Kazancı Yayınevi, Üçüncü Bası, s. 336-364
- Gündel, Ahmet, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt I, 2009/Ankara
- Hafızoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayıncılık, Ankara/2008
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, 2009/Ankara
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Beta Yayınevi, 5. Bası, 2013, s. 368-382
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul/1967
- İçel, Kayıhan, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi', Değişen Toplum ve Ceza Hukuk Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Gelgeçi Sempozyumu, Sermet Matbaası, 1976, s. 321-344
- Jeschek, Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul 2007,
- Keskin, Serap, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı', Prof. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir/2001, s. 409-420
- Kunter, Nurullah, 'Aleyhte Düzeltme Yasağı', İHFM, Cilt. XVIII, Sayı. 3-4, İstanbul/1952, s. 664-679
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, Onsekizinci Baskı, Ekim/2010,
- Malkoç, İsmail, Türk Ceza Kanunu, C I, Malkoç Kitabevi, 2008,
- Meran, Necati, 'Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri', Terazi Huk. Der. Y. 3 S. 23 Temmuz/2008
- Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul/1989
- Önder, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, İstanbul/1963
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2013, s. 431-446
- Parlar, Ali, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Mayıs/2010

- Sana, İ Adil, 'Tecil Talebinin Reddine Gerekçe Gösterilmesi Lazım mı', Ad. Der. Yıl 57, Sayı 4, Nisan/1966, s. 280-285
- Seviner, Kemal, 'Cezaların Ertelenmesi', Ad. Der. Yıl 59 Sayı 5 Mayıs/1968, s. 242-255
- Şahbaz, İbrahim, 'Cezanın Ertelenmesinde İctima Sorunu', Yar. Der. C. 27 S. 1-2 Y. 2001
- Şeker, Hilmi, Esbab-ı Mucibe'den-Retoriğe Hukukta Gerekçe, Beta Yayınevi, 2010
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu C I, Vedat Kitapçılık, İstanbul/2006
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara/2012
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2010
- Töngür, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, Ankara/2009
- Turhan, Faruk, 'Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar', EÜHFD, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan, Cilt. X, Sayı. 3-4, Yıl. 2006, s. 27-54
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara/2010
- Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara/2009
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, Alman Ceza Kanunu/Strafgesetzbuch, Beta Yayınevi İstanbul/2009
- Yenisey, Feridun, Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul/1988
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, 2007
- Yüce, Turhan Tufan, 'In Dubio Pro Reo' kaidesi, Ad. Der. Yıl: 53, Kasım-Aralık 1962, Sayı: 11-12