

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

Dr. Emir KAYA*

* Anayasa Mahkemesi Raportörü.

GİRİŞ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması (*HAGB*) uygulamasına ülkemizde ilk olarak 15/7/2005 tarihinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir. 2006 yılında büyüklere de teşmil edilen *HAGB*, nihai hüküm içermeyen bir ceza davası dosyasının askıya alınmasını gerektirmesi nedeniyle hukuk sistemimizde özel bir yer teşkil etmektedir. Mağdur, sanık ve hâkim açısından farklı anlamlar taşıyan *HAGB* yolunun adaletin tesisi için ne kadar başarılı ve etkili bir yol olduğu tartışması, insan hakları ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru çerçevesinde ayrı bir önem kazanmaktadır.

HAGB, ceza hukukunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükümün kurulmasının ertelenmesi, cezanın ertelenmesi gibi uygulamalar arasında ertelemenin bir türü olarak konumlandırılabilir.^[1]

HAGB'ye benzeyen, sanığın infazsız denetimle ıslahını hedefleyen uygulamaların İngiliz hukukundaki kökenlerini 14. yüzyılda, modern dönemde ise Amerika Birleşik Devletleri'nde 19. yüzyıl ortasında, İsviçre, Fransa, Almanya ve Macaristan başta olmak üzere Kara Avrupa'sında ise 20. yüzyıl boyunca yaygınlaşma halinde görmekteyiz.^[2]

HAGB'nin ülkemizdeki esin kaynağının kısmen bu ülkeler olmasının yanında, özellikle küçük suçlara verilen cezaların ağır sosyal sonuçlarını ve Yargıtaya getirdiği iş yükünü ortadan kaldırmak ihtiyacı olduğu da açıktır. Özünde bu ihtiyacı karşılayan *HAGB*, uygulamanın usulü, yan etkileri ve öngörülmeyen sonuçları itibarıyla sorgulanmaktadır.

HAGB ile ortaya çıkan sorunların bir kısmı mevzuat kaynaklı, diğer bir kısmı ise doğrudan insan faktörüne bağlı görünmektedir. Uygulamada ise bu sorunlar iç içe geçmektedir.^[3] Herhangi bir somut olayda karşılaşılan problemin Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru çerçevesinde değerlendirilebilmesi, diğer bir ifadeyle insan hakkı ihlali derecesine varıp varmadığının ölçülebilmesi için *HAGB*'nin mukayeseli hukuk ışığında ve benzer erteleme uygulamaları paralelinde incelenmesi faydalı olacaktır.

[1] Töngür, Ali Rıza. *Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme*. Ankara: Adalet, 2009.

[2] Erteleme uygulamaları hakkında mukayeseli hukuk bilgisi için: Erdem, Mustafa R. "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelemesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış" *Anayasa Yargısı*. (2001): 17-39.

[3] Aras, Bahattin. "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar" *Terazi Hukuk Dergisi*. 22(2008): 71-88.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ YASAL DAYANAĞI

4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesine göre ceza yargılamasında bir duruşmayı sonlandıran hüküm türleri şunlardır: Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı.

Kanun'un 231. maddesinin (1) ila (4) numaralı fıkraları hükmün açıklanmasına, 6/12/2006 tarihinde yürürlüğe giren (5) ila (14) numaralı fıkraları ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkindir. HAGB'nin yasal dayanağını oluşturan bu fıkraların 2008 ve 2010 değişikliklerinden sonraki güncel hali şöyledir:

(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

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,

Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

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

(14) Bu maddenin hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

HAGB'nin uygulanması için sanık açısından bazı objektif ve sübjektif şartların oluşması gerektiği Kanun hükümlerinden anlaşılmaktadır.^[4] HAGB'nin

[4] Turan, Hüseyin. Ceza Yargısında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Adalet, 2012, s.73-94.

uygulanamayacağı haller ise Kanun'daki kısıtlamanın ötesine taşmaktadır. Örneğin, karşılıksız çek keşide etmek, imar kirliliğine neden olmak, disiplin ve tazyik hapsini gerektiren fiiller ve uyuşturucu bulundurmamak gibi suçlarda HAGB'nin uygulanıp uygulanmayacağı Yargıtay içtihatlarıyla netleştirilmiştir.^[5]

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ANLAMI VE AMAÇLARI

HAGB, maddi ceza hukuku ile usul hukukunun karması olan bir uygulamadır.^[6] Şöyle ki, her zaman bir çifte karar şeklinde vücut bulan HAGB kararlarında hem mahkûmiyet hükmü vardır hem de bu hükmün açıklanmaması kararı vardır. Sonuç olarak, dava 5 yıl sürüncemede bırakılmakta, bu süre içerisinde net bir şekilde ne “Sanık beraat etmiştir.” ne de “Sanık mahkûm edilmiştir.” denmektedir.^[7]

HAGB uygulamasında mahkûmiyet hükmünün hukuki sonucu sayılan ceza yoktur. Bu “yok” kasten yeni bir suç işlenip denetim hali bozulursa “var” a dönebilir. Fakat gelecekteki bu yeni suç şu an yoktur, sadece muhtemeldir. Demek ki, geçmişteki suçun varlığı ile gelecekteki suçun varlığı an itibariyle aynı etkiye sahiptir. Gelecekteki suç ne kadar yoksa geçmişteki suç da o kadar yoktur. Dolayısıyla, HAGB ile bir sanığın herhangi bir davada mahkûmiyetine, hükümlülüğünün sonucu olan cezadan ise beraatına karar verildiği söylenebilir.

Kanun'un gerekçesinde HAGB uygulaması şu ifadelerle savunulmuştur:

Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştiren bir uygulama niteliğindedir.

Kanun'dan ve Kanun'un gerekçesinden hareketle, HAGB hakkında şu nokta netleştirilebilmektedir: 1) HAGB sanık merkezli olarak geliştirilmiştir. 2)

[5] Ayrıntılı bilgi için: Artuç, Mustafa. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Adalet, 2008 ve İpek, Ali İ. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Adalet, 2010.

[6] Özgenç, İzzet. “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması” 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi. Öztürk, Bahri (ed.). Ankara: Seçkin, 2009, s.49-65.

[7] 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23/1. maddesi uyarınca denetim süresi çocuklarda 3 yıldır.

HAGB hâkimin takdirine bırakılmış olup sanık tarafından bir hak olarak talep edilemez. Edilse bile, HAGB kararının dayanağı bu talep olamaz. 3) HAGB kararı sanığın onayı alınmadan verilemez.

Bir mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra hükmün açıklanmaması, sanık lehine düşünülmüştür. Zira bu hüküm sabıka kaydına dâhil edilmeyeceği gibi hükmün gereği olan hapis yahut adli para cezası da infaz edilmeyecektir. Sübut bulan suçtan geriye kalan, ceza tehdidiyle ıslah edilmek olacaktır. ıslah olmayan ise daha önceden hak etmiş olduğu cezaya çarptırılacaktır.

HAGB ile sanık kendi hükmünü kısmen belirleyen bir hâkim durumuna yükseltilmektedir. “Koşullu bir düşme kararı” olarak nitelendirilen HAGB, sanığa kendi lehine ve aleyhine olan arasında bir seçim yapma şansı vermektedir.^[8]

Kanun’un gerekçesinde HAGB’nin çağdaş hukukun gereği olduğuna değinilmiş, hâkimleri ya da yargı sistemini rahatlatıcı etkisi olacağına dair bir öngörüye yer verilmemiştir.

Dolayısıyla, hâkim açısından HAGB’nin ne lehte ne de aleyhte olduğu söylenebilir. Zira beraat ya da mahkûmiyet hükmü HAGB kararından bağımsızdır ve bağımsız düşünülmelidir. Suç sabit olduktan ve ceza tespit edildikten sonra HAGB kararının verilmesinin hâkimin işini ciddi ölçüde ne kolaylaştırması ne de zorlaştırması beklenir.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ UYGULANMASI

Makul bir mekanizma olarak düşünülen HAGB gerçekte Kanun’da belirtildiği şekilde mi işlemektedir? Teoriyle pratik birbiriyle uyumlu mudur? HAGB uygulamasında karşılaşılan ana sorunları şöyle sıralayabiliriz:

A. Sanığın Seçimi

İlgili Kanun maddesinin (6) numaralı fıkrasının (c) bendine göre “Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmaz.”^[9] Fakat sanığın HAGB’yi kabul edip etmediğinin henüz mahkûmiyetin sanıkça bilinmediği bir anda sorulması dolayısıyla sanığın HAGB’yi daha güvenceli bulup kabul etme ihtimali arttırılmaktadır. Risk hesapları içeren bu tablo hukuk idealleri açısından sorunludur.

[8] Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (CGK) 19/2/2008 tarih ve 346-25 sayılı kararı.

[9] Bu cümle, 22/7/2010 tarihinde kabul edilen 6008 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na eklenmiştir. Daha önce, resen ve sanığa sormaksızın HAGB kararı verilebilmekteydi: Turan, s.92.

Uygulamada, duruşma sırasında ve henüz hüküm kurulup karar okunmadan önce sanığa lehine olan yasal hükümlerin uygulanmasını isteyip istemediği sorulmaktadır:^[10]

- a. Bu cümlelerin anlamını bilmeyen sanıklar doğal olarak lehte olan hükümlerin uygulanmasını istediklerini beyan etmektedirler.
- b. HAGB seçeneğinin açıkça telaffuz edilmesi halinde de durum pek değişmemektedir. HAGB çoğunlukla küçük suçlar ve sabıkasız temiz sanıklar hakkında uygulanmaktadır.^[11] Böyle sanıkların etraflı bir hukuki esas ve usul tecrübesiyle hareket etmesi beklenemez.^[12] Ceza alma ihtimali karşısında HAGB hafif bir yaptırım olduğu için sanığın sorulan soruya “İstiyorum.” şeklinde cevap vermesi bilgiye dayalı düşünmenin değil, doğal ve ani bir dürtünün sonucu olabilmektedir.^[13]

Sanığın emin olamadığı üç ihtimalden (*beraat, mahkûmiyet ya da mahkûmiyet+HAGB*) üçüncüsüne meyletmesi ile sanığın iradesi ve rızası arasındaki ilişki nedir? Yargılamanın iç tarafını bilmeyen ve o dünyaya yabancılığı nedeniyle tereddütler hisseden hemen her rasyonel insan şöyle düşünür: “*Beraat etmeyebilirim. Mahkûm olup ceza alabilirim. HAGB’ye razı olayım.*” Her ne kadar burada boyun eğme ve kabullenme mahiyetinde bir rıza oluşuyorsa da, hür iradenin ve tam bir rızanın gerçekleşip gerçekleşmediği şüphelidir.^[14] Tam bir rıza ancak kişinin kendi talebiyle başlayan ve yürüyen bir süreçte söz konusu olabilir.

[10] Bu uygulamanın başlı başına bir hukuka aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür: Taner, Fahri G. “*Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*” Ankara Barosu Dergisi. 4(2011): 287-298.

[11] Azami 2 yıllık cezaların HAGB kapsamına girmesi, müdafî bulundurma mecburiyetinin ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 150. maddesi uyarınca asgari 5 yıl ceza öngören suçlar için söz konusu olması hatırlanmalıdır. Aynı Kanun maddesi uyarınca, çocuklar ve sağır, dilsiz gibi kendini savunamayacak durumda olanlar müdafî bulundurmaya zorundadır. Bu bilgiler ışığında, davada müdafînin bulunup bulunmadığı sanığın HAGB’yi idrak ve kabulünde bir unsur olarak değerlendirilebilir. Avukatın varlığı halinde sanığın HAGB’ye bilinçli rıza gösterdiği kabulü kuvvet kazanacaktır.

[12] Bu hususta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 4. maddesini oluşturan “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” ilkesinin öne sürülmesi yerinde olmayacaktır. Kanun’un gerekçesinden bu madde ile kast edilen bilginin, suça ilişkin bilgi olduğu net olarak anlaşılmaktadır.

[13] HAGB hakkında rıza alınmaksızın ve açıklama yapılmaksızın yahut rıza ifadesini ve yapılan açıklamaları aşar mahiyetteki hazır metinlerin duruşma tutanaklarına ve karar metinlerine geçirilmesi de uygulamada karşılaşılan bir durumdur.

[14] Bu noktada, farklı bir bağlamda da olsa, Anayasa’nın 20. maddesinde geçen “*kişinin açık rızası*” ibaresindeki “*açık*” vurgusu hatırlatılabilir.

Mevcut uygulama değiştirilip, mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra HAGB seçeneği sorulursa, ayrıca HAGB halinde temyiz imkânının olmayacağı gibi teknik detaylar anlatılırsa sanığın rızasının oluştuğu kabul edilebilir.^[15] Bu netliğe kıyasla, mevcut uygulamanın her davada sanığın HAGB'ye rızasının olduğu şeklinde genel bir formüle müsaade etmeyeceği kanısındayız.

B. Hâkimin Seçimi

HAGB olgusuna yargısal tutum ve davranış ışığında bakıldığında görülmektedir ki; dosya, hâkimi meşgul eden bir nesnedir ve insani bir duygu eseri olarak hâkim bu meşguliyeti kolay bir şekilde aşmaya çalışmaktadır. Bu, hukukun kitabi ve teorik yönlerini hayatla buluşturan en büyük ve önemli gerçeklerden biridir. HAGB kararıyla hâkim dosyayı kapatmış, işini bitirmiştir. Temyiz gibi uzun bir süreci beklemeye gerek kalmamıştır. Ayrıca, bitmiş sayılan bu iş esasa ilişkin kalite değerlendirmesinden bir ölçüde muaf tutulmuştur. Hâkimler bu rahatlığa meyledebilmektedir. Böyle bir durumda hâkim aslında kendisini düşünmesi, sonuçta sanığın karşısında veya sanıkla beraber davanın bir tarafı olması akla uzak bir ihtimal değildir.^[16]

HAGB, isabetli karar verme baskısı altında olan ve mahkûmiyet ile beraat arasında net bir sonuca varamayan hâkimlere bir çıkış yolu olmuştur. Mahkûmiyete nispetle HAGB, daha kısa ve dar bir muhakemeye dayandırılabilen ve daha kolay verilen bir karardır. Hâkimin kanaatinin bazı emarelerle suçluluk yönünde etkilendiği durumlarda ise HAGB beraat hükmünden daha kolay verilmektedir.

HAGB, hâkimler tarafından sıklıkla bir güvence olarak telakki edilmekte, suç ve cezanın tespiti sürecine dâhil edilerek muhakemeyi zedelemektedir. Sonuçta hâkimler “*tereddüt*” mahiyetindeki kararlara imza atabilmektedir.

Özetle, HAGB'nin mevcut uygulaması adalet psikolojisi açısından sorunlu bir görüntü oluşturmaktadır. Hâkimlerin muhakeme olgunluğuna ve tarafsızlığına gölge düşmektedir.^[17] Şöyle ki, HAGB uygulamasında hâkimler dosyanın içinde olmasa da karşısında taraf haline gelebilmektedir. Özellikle şu hususlara dikkat çekmekte yarar vardır:

[15] Sanığın kendisi hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün detaylarını bilmemesi, bilgi edinme hakkı ile bu hakkın özünü oluşturan açıklık ve şeffaflık ilkeleri bağlamında da tartışılabilir. Sanığın HAGB'nin mahiyetini anladıktan sonra (*fakat duruşma henüz sonlanmadan*) daha önce göstermiş olduğu rızadan cayması mümkündür.

[16] Realist ve ampirik bir yargısal tutum çalışması için: Epstein, Lee; Landes, William M; Posner, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

[17] Bu durum, yargıda algı ve zihniyet yapıları içinde konumlandırılmalıdır: Sancar, Mithat; Atılğan, Eylem Ü. *Adalet Biraz Es Geçiliyor: Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*. İstanbul: TESEV, 2009.

- a. Temyiz yolunun kapalı olması hâkimlerin zihnini, hapis gibi ciddi bir yaptırımın vuku bulmayacak olması da vicdanını çabucak rahatlatıp yanıltabilmektedir.
- b. Delillerin toplanması, sanığın ve şahitlerin dinlenmesi gibi usulî hususlarda gevşeklik yapılabilir. Kolaylıkla netleşmeyen davaların esasa dair suç vasıflandırmalarında da bir sapma yaşanması mümkündür.
- c. Sanığın HAGB'ye rıza göstermesinin hâkim tarafından hatalı olarak küçük bir suç ikrarı olarak yorumlanması muhtemeldir.

Sonuçta adalet terazisinin ibresi HAGB kararı verme yönünde kayabilmektedir.^[18] Zira hâkim sadece sanığın suçluluğu ve masumluğu arasında değil, aynı zamanda kendi işini arttırma/zorlaştırma ile azaltma/kolaylaştırma seçenekleri arasında kalmaktadır. HAGB uygulamasında hâkimlerde ortaya çıkan eğilimin insan hakkı ihlallerine yol açabileceği hatırdta tutulmalıdır.^[19]

C. HAGB Kararına İtiraz

İlgili Kanun maddesinin (12) numaralı fıkrası HAGB kararına karşı itiraz yolunu belirlemiştir. Yargıtay, itiraz üzerine yapılacak incelemenin kapsamını önce şu şekilde belirlemiştir:^[20]

[Y]argılama sistemimizde temyiz yasa yolu, yalnızca hükümler bakımından kabul edilmiştir. Hükümler ise 5271 sayılı CYY'nın 223. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlar arasında yer almadıklarından hüküm niteliğinde de değildir.

Ceza yargılamasında yasa yolu, tarafların istemlerine göre değil, yasanın sistematiği ve normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Yasada, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olmakla, Yasanın öngörmediği bir istisnayı yargı kararları ile yaratmak, suçun niteliği

[18] Tam tersi bir durum yani hâkimin temyiz aşamasında kararının onanacağını net olarak öngörmesi halinde takdirini HAGB kararı vermeme yönünde kullanması da söz konusudur. HAGB'nin bir hak olmaması ve talebe değil hâkim takdirine bağlı olması bunu mümkün kılmaktadır. Bu noktada keyfilik şüphesi gündeme gelebilecektir. Nitekim hâkimin HAGB uygulama veya uygulamama eğilimine adalet arayışı değil terfi sistemi sebep olarak gösterilmiştir: Tören, Mustafa Y. "Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları." Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 88(2012): 287-319.

[19] HAGB uygulamasının revize edilmesi, kararın olağan yargılamadan ve kurulan mahkûmiyet hükmünden sonra başka bir hâkim tarafından tatbik edilmesi özetlenen bu soruna çözüm olarak önerilebilir.

[20] Yargıtay CGK'nin 3/2/2009 tarih ve E.2009/4-13 K.2009/12 sayılı kararı.

veya sübuta yönelik başvuruların, yasa yolunu temyiz olarak değiştireceğini kabul etmek olanaksızdır.

Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığının, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının konusunu oluşturan suçun, sübutu veya nitelendirilmesinde hataya düşüldüğünden bahisle yapılan başvuruların temyiz niteliğinde olduğuna ilişkin itiraz nedeni yerinde değildir ve reddine karar verilmelidir.

Yargıtay CGK bu kararıyla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının suçun sübut ve nitelendirilmesine ilişkin itirazların temyiz kapsamında görülmesi gerektiği iddiasını reddetmiştir. Öte yandan, aynı kararda “[I]tiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır.” denilmektedir. Bu iki prensip beraber düşünüldüğünde HAGB kararlarının esas incelemesinden tamamen muaf kaldığı anlamına gelmektedir. HAGB kararlarına bu denli sorgulanamazlık tanınması “*Hâkimin Seçimi*” kısmında açıkladığımız psikolojik olgunun Yargıtaydaki uzantısı olarak yorumlanabilir.

Yargıtay, özetlenen ve uzun zaman uygulamaya egemen olan bu yaklaşımında hatalıydı. Zira HAGB kararı mahkûmiyet hükmüne bina edilmekte olup ikincil statüdedir. Birincil statüde olan mahkûmiyet hükmünün temyiz edilmesinin HAGB kararının nihai hükme dönüşmesi şartına bağlı kılınması asli olanın tali olana feda edilmesi demektir. Bu durumda, etkili bir ikinci derece incelemesi olmadığı iddiasıyla bireysel başvuru yoluna gidilmesi muhtemeldi. Sorun, itiraz üzerine yapılacak incelemenin şekli olmasından kaynaklanıyordu.

Yargıtay, içtihadındaki hatayı görmüş ve itiraz mercilerinin suçun sübutuna ve nitelendirilmesine ilişkin noktaları da incelemesi gerektiğini yeni bir kararıyla hükme bağlamıştır.^[21]

Bu açıklamalar gözönüne alındığında itiraz kanun yolu incelemesinin kapsamına ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde; İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK'nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir.

Söz konusu içtihadın, itirazın sanık tarafından yapılması halinde de geçerli olacağı muhakkaktır. Sonuç olarak, sadece şekil değil esas yönünden de HAGB

[21] Yargıtay CGK'nın 22/1/2013 tarih ve E.2012/10-534 K.2013/15 sayılı kararı.

kararlarının incelenebilmesi ile -incelemeyi yapacak olan merciin itiraz ya da temyiz mercii olmasından bağımsız olarak- uygulama Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 Numaralı Protokolü'ne daha mutabık bir duruma gelmiştir.^[22]

D. HAGB'nin Sanık Açısından Sonuçları

Yargıtayın yaklaşımının ve hâkimlerin eğilimlerinin kaynağı, HAGB kararının nihai bir hüküm içermemesi dolayısıyla sanığa herhangi bir etkisinin olmayacağı varsayımdır. HAGB kararının hukuken sonuçsuz olacağı beklentisinin hayatın ve hukukun gerçekleri içinde pek bir karşılığı yoktur.

Kanun'daki "*kurulan hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması*" ifadesi yalnızca ceza bağlamında düşünülmelidir.

- a. Yargılama giderlerinin ve vekâlet ücretinin tahsili, suçtan doğan zararın tazmini, müsadere uygulanması gibi kanuni sonuçlar diğer hükümlülük hallerinde olduğu gibi söz konusudur.
- b. HAGB kararları, hukuk mahkemelerindeki şahsi hak taleplerinde ilgili ceza mahkemesinden istenip getirilmekte ve yargılamada dikkate alınmaktadır.^[23]
- c. HAGB'nin, denetim süresinde suç işlenmesi halinde ortaya çıkan önemli bir sonucu şudur: HAGB kapsamına giren suçların bir kısmı aynı zamanda erteleme ve adli para cezası kapsamındadır. Sonradan kasti bir suç işlenmesi nedeniyle geri bırakılan hükümün açıklanması halinde verilecek cezada erteleme ve adli para cezası seçenekleri ortadan kalkmakta, tek yol olarak hapis cezası belirlemektedir.^[24] Bu gerçek de, HAGB'nin sonradan işlenen suçlara etkisi bağlamında hukuki bir sonucu olarak düşünülmelidir.
- d. Tam tersi bir sonuç ise, bir kişi hakkında sayısız HAGB kararı verilmesinin kanunen mümkün olmasıdır. Şöyle ki, hakkında HAGB

[22] Söz konusu Protokol'ün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir: "*Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır...*"

[23] Katoğlu, Tuğrul. "Açıklanması Geri Bırakılan Hükme İlişkin Dosya, Hukuk Mahkemesine Getirilemez" *Güncel Hukuk*. 4(2013): 51-53. Anılan sorunlu uygulama, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarih ve E.2011/19-639 K.2012/30 sayılı kararındaki "[M] addi olgunun belirlenmesi yönünden hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hakimini bağlamayacağıının kabulü gerekir." hükmüne aykırıdır.

[24] İlgili Kanun maddesinin (7) ve (11) numaralı fıkraları uyarıncadır. Ancak HAGB'nin bozulması yeni bir suçtan değil denetim yükümlülüklerini yerine getirememekten kaynaklanırsa cezanın ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara karar verilebilmektedir.

kararı verilmiş bir sanık, denetim süresince ya da sonrasında muhtelif suçlar işleyip HAGB'den tekrar faydalanabilecektir. HAGB kararının nihai bir mahkûmiyet hükmü içermemesi buna gerekçe olabilecektir. Gerçekten de kişilerin birkaç tane HAGB kararı alması uygulamada rastlanan bir olgudur. Bunun da hukuken anlamlı bir sonuç olduğu açıktır.

- e. HAGB kararının doğal bir parçası olan denetim süresinin tamamlanmasının ardından temyiz imkânı doğduğu malumdur. Yargıtayın HAGB'nin özünü oluşturan mahkûmiyet hükmünü bozması mümkündür. Bu durumda, makul süre yönüyle adil yargılanma hakkının veya diğer hakların ihlal edilmesi söz konusu olabilecektir.^[25] Yargıtayın kararı onaması halinde bile mahkûmiyetin kesinleşmesinin uzun zaman alması doktrinde sorunlu görülen noktalardan biridir.^[26]
- f. Hükümün hukuki sayılmayan psikolojik, sosyal ve sair etkileri yok kabul edilmektedir. Bu kabul, insan hakları bağlamında norm olamaz.

AİHM'in ya da Anayasa Mahkemesinin temyiz mercii olmamasının kanaatimizce iki temel anlamı vardır: 1) AİHM ve AYM temyiz sürecinin devamı değildir. 2) AİHM ve AYM temyiz mantığıyla bağlı değildir. Bu demektir ki, insan hakları yargısında kanunların teorisiyle değil, uygulamanın reel sonuçlarıyla ilgilenilecektir. Bu ayırım çok önemlidir ve konunun en hassas noktasıdır.

Mahkûmiyet kararı adli sicil kaydında görünmeseydi kararın hukuken sonuçsuz olduğu kısmen düşünülebilirdi. Fakat mevcut uygulamada, ilgili Kanun maddesinin (13) numaralı fıkrasına aykırı olarak, HAGB diğer mahkûmiyet hükümleri gibi adli sicil kaydına işlenmektedir. Denetim süresi başarıyla tamamlandıktan sonra da arşive kaydedilmektedir. Mahkemelerin ve savcılıkların istediği arşivli adli sicil kayıtlarında HAGB kararları mahkûmiyet hükümleriyle beraber görünmektedir.^[27] HAGB içeren bir kaydın görülmekte olan bir davada oluşturulacak kanaate ve verilecek hükme yansımaması pek zordur.

[25] Bu problem, itiraz merciinin esasa ilişkin inceleme yapabilmesi ile büyük ölçüde çözülmüştür.

[26] Günay, Erhan. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin, 2010, s.438.

[27] Vatandaşlar dahi adli sicil bürolarından aldıkları kendileri hakkındaki bültenlerde HAGB kararlarını görebilmekte ve bu belgelerle iş başvurusu yaptıklarında zorluklar yaşamaktadır. Oysa Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 1/1/2006-62 sayılı Genelgesi'ne göre mahkemeler HAGB sonrasında düzenleyecekleri tali karar fişlerini doğrudan Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğüne göndermelidirler. HAGB'nin arşivlenmesine ilişkin uygulama istisnai değil genel olarak Kanun'a aykırı yürütülmektedir. Ayrıntılar için: Kumbasar, Enver. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması. Ankara: Seçkin, 2012, s.213-4.

HAGB denetimi verilmiş bir kişinin devlet nezdinde bir göreve talip olması halinde de engeller çıkabilecektir.^[28] HAGB kararının unsuru olan mahkûmiyet, dolayısıyla suçun sübutu, halen memur olan kişilerin geçirdikleri disiplin soruşturmalarında delil niteliğindedir.^[29] Dolayısıyla, HAGB kararları, Kanun'un öngördüğü gibi hukuken sonuçsuz olamamaktadır. İnsan hakları yargısında bu öngörüye istinat edilmemeli, reel sonuçların hak ihlali oluşturup oluşturmadığı, oluşturduysa ihlalin ağırlığı ayrıca sorgulanmalıdır.

HAGB kararları sosyal planda da etkilidir. Kanun sadece caydırıcılık yoluyla ıslah olma etkisini öngörmüştür. Bunun dışındaki her etki Kanun'un teknik olarak öngörmediği bir sonuçtur. HAGB kararında mündemiç olan hükümlülük nedeniyle özellikle meslek ve sosyal çevre boyutlarında zorluk yaşanması -tipik bir mahkûmiyet hükmünde olduğu gibi- muhtemeldir.^[30] Dışlanma, aile birliğinin bozulması, işten çıkartılma gibi olasılıklar akla uzak değildir.

Gerçekten masum bir sanık için HAGB'nin derin bir psikolojik anlamı vardır. Sanık önce suçlanmak, sonra aklanmamak olmak üzere iki şekilde mağdur edildiğini düşünecektir.^[31] Bu durumdaki bir kişinin iç ve dış etmenler altında yaşayacağı psikoloji belli bir ağırlık oluşturacaktır. Bu gibi hususların ilgili görülen yerde dikkate alınması, uygulamadan kaynaklanan sorunların irdelenmesi gerekmektedir. Somut dava süreciyle bağlantılı olarak adil yargılanma hakkının ve masumiyet karinesinin zedelenip zedelenmediği tartışma konusu olabilecektir.

[28] HAGB kararları memuriyete atanmada veya devam etmede doğrudan bir yasal engel oluşturmamaktadır. Bununla beraber, atanma sürecine mülakatın dahil olduğu ya da istisnai memuriyetlere başvuru gibi durumlarda HAGB kaydının negatif etki yapacağı öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için: Pınar, İbrahim. Devlet Memurları Kanunu Şerhi. Ankara: Seçkin, 2009.

[29] Sezer, Yasin. "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 3(2010): 43-74.

[30] Kara, Eyüp. "Lekelememe Hakkı" Adalet Dergisi. 43(2012): 188-197.

[31] Yine lekelememe hakkı kapsamında, yeterli şüphe oluşmadıkça kişiler hakkında kamu davası açılması dahi sakıncalı bulunmaktadır: Dalkılıç, Aysun. "Çamur At İzi Kalsın: Lekelememe Hakkı" Güncel Hukuk. 4(2013): 12-13. Bu açıdan bakılınca, HAGB'nin de lekelememe hakkını ihlal etmesi ihtimal dahilinde görülmektedir.

E. HAGB'nin Mağdur Açısından Sonuçları

Suçun sabit olduğu olaylarda HAGB kararının beraat işlevi görebildiğini ifade etmiştik. Bu durumda suç cezasız, mağdur tatminsiz kalmıştır.^[32]

HAGB'ye dair Kanun maddesinin (6) numaralı fıkrasının (c) bendine göre “*mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*” gerekmektedir.

Yargıtaya göre zarar; maddi olmalı, ölçülebilir ve basit bir araştırma ile belirlenebilir.^[33] Mağduriyetin giderilmesinde yalnızca somut ve hesaplanabilir zararların dikkate alınması manevi zararları ve beklentileri göz ardı etmek anlamına gelmektedir. Tehdit, hakaret, cinsel taciz suçlarında olduğu gibi hesaplanabilir bir zararın doğmadığı durumlarda Yargıtaya göre kanunen giderilmesi mümkün bir zarar yoktur. Dolayısıyla, HAGB uygulamasıyla suçun cezasız kaldığını düşünen mağdur hiçbir şekilde tatmin edilmemiş olacaktır.^[34]

Güncel uygulamalara ve kararlara hâkim olan ölçülemez zararlarda aynen iade veya suçtan önceki hale getirme olamayacağı, dolayısıyla HAGB kararının koşulu olarak bu zararların tazmini yoluna gidilemeyeceği düşüncesi insan hakları yargısında esas alınmamalıdır; nitekim maddi ve manevi zararı daima ayrı inceleyen AİHM kararlarında da alınmamaktadır.^[35]

[32] Nitekim HAGB'nin salt bir usul kurumu olmamasının sonucu olarak yürürlüğe girdiği tarihte derdest davalarda derhal uygulanması o dönem HAGB'nin aftan ibaret bir fonksiyonu olduğu düşüncesini uyandırmıştı: Mahmutoglu, Fatih. “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı. İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2009, s. 349-368. Bugün dahi HAGB'nin beraata benzer bir yönünün olduğu inkar edilemez bir gerçektir.

[33] Yargıtay CGK'nin 3/2/2009 gün ve E.2008/11-250 K.2009/13 sayılı kararı.

[34] Yargıtay CGK'nin 19/2/2008 gün ve 346-25 sayılı kararındaki tarif işaret ettiğimiz yaklaşım problemini yansıtmaktadır. Karara göre HAGB “*sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisi*” dir. Buradaki gibi, herhangi bir cezai olguya ya da uygulamaya mağdur yerine devlet merkezli bakılması insan hakları yargısının hareket noktasıyla ve hedefleriyle çelişmektedir. Burada kamu yararı kavramının ilgili olmadığını düşünüyoruz. Zira kamu yararı ilkesi hiçbir zaman bireyin zararını göz ardı edecek şekilde yorumlanamaz. Anayasa Mahkemesi de (*örneğin 11/4/2012 tarih ve E.2011/18 K.2012/53 sayılı karar*) kamu menfaatini bireysel menfaatle dengelemeye çalışırken bireysel zarar doğmayacağı kabulünden hareket etmektedir.

[35] Mevcut anlayışın, ceza hukukunun kamu davası gibi temel kavramlarını da içeren derin ve büyük bir yaklaşım problemiyle bağlantılı olduğu kanaatindeyiz.

IV. MUKAYESELİ HUKUK

HAGB'nin özünü oluşturan hüküm ertelemesinin İngilizcede “*postponement of sentencing*”, “*deferred adjudication*” gibi farklı karşılıkları vardır. AİHM'in Türkiye ile ilgili kararlarında HAGB'nin birebir tercümesi olan “*suspension of the pronouncement of the judgment*” kullanılmaktadır. Ertelemeye ilişkin uygulama zenginliği karşısında genel-geçer bir tercüme noktasında tam başarı sağlamak mümkün görünmemektedir. Örneğin “*postponement of sentence*” ibaresi ceza ertelemesi anlamına da gelmektedir. Bu nedenle, HAGB söz konusu olduğunda hukuki etkiye ve esasa odaklanması önerimize paralel olarak, dahası HAGB'nin ceza hukukunda erteleme genel başlığı altında incelendiğini hatırlayarak, bu bölümde sadece HAGB değil HAGB'dekine benzer hukuki anlamlar ve durumlar doğuran diğer ertelemelere de yer verilmektedir. Farklı fakat benzer uygulamalar üzerinden insan hakları odaklı kıyaslama yapmak mümkün ve gereklidir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde başlıca iki erteleme yolu görmekteyiz.^[36] Her ikisinde de suçun tekrür etmemesi şartı vardır. Mahkeme, denetim (*probation*) süresince uyulması gereken ilave yükümlülükler getirebilir.

- a. *Deferred Sentence*: Bu uygulamada sanık suçlu bulunur fakat ceza tayin edilmez (*imposition*). Denetimli serbestlik kuralları ihlal edildiği takdirde ceza belirlenir ve infaz edilir.
- b. *Suspended Sentence*: Bu uygulamada sanık suçlu bulunmuştur ve ceza tayin edilmiştir. Ertelenen infazdır (*execution*). Denetim kurallarına uyulmazsa infaz gerçekleşir.

İlk bakışta bunlardan birincisi Türkiye'deki HAGB'ye, ikincisi ise ceza ertelemesine benzemektedir. Fakat burada çok katı düşünmemek gerekir. “*Deferred*” ve “*suspended*” kelimeleri birbirinin yerine kullanılabilir. Ya da, örneğin Birleşik Krallık'ta “*deferred sentence*” sanığın bir süre denetim altında tutulmasını, bu sayede sanığa iyi hal indirimi şansı tanınmasını ifade edebilmektedir.^[37] Sanık denetimden sonra indirimli bir mahkûmiyet alabilecektir. ABD içinde de adlandırmada farklılıklar vardır. Eyaletler arasında veya herhangi bir eyalet içinde; denetimde ilave yükümlülüklerin konup konmaması, denetimin tutukluluk hali içerip içermemesi, hükümün kişinin adli siciline eklenip eklenmemesi, hükümün polis kayıtlarında görünüp görünmemesi, denetim ve ceza süresi arasındaki ilişki, temyiz mümkün olup olmaması gibi faktörler üzerinden ayrımlar yapılabilmektedir.

[36] Pollock, Joycelyn M. *Crime and Justice in America: An Introduction to Criminal Justice*. Waltham: Anderson Publishing, 2012.

[37] İskoçya'dan bir örnek için: Angus Council. *Structured Deferred Sentence*. <http://www.angus.gov.uk/swcjs/deferred.htm> [Son Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2013].

Bunlara ilaveten “*withhold*”, “*stay*”, “*reprieve*”, “*delay*” gibi terimler de erteleme anlamında kullanılmaktadır. Özellikle Florida’yla özdeşleşmiş olan “*withhold of adjudication*” yani hükümü askıya alma kararlarında suç ve cezanın tespit edilmediğini, doğrudan denetim süresinin ve şartlarının belirtildiğini görmekteyiz. Bu, sanığın adli sicil açısından hükümlü yapmamaktadır. Fiiliyatta ise sanığın suçlu olup cezalı olmaması anlamına gelmektedir.^[38] Sosyal alanda tam bir aklanma söz konusu değildir. Türkiye’deki HAGB’ye yakın bir Amerikan uygulamasıdır.

Şimdi HAGB’ye farklı açılardan ışık tutacak mahkeme kararlarıyla konuyu derinleştirelim.

A. Sanığın İfadesinin Değeri

1. Sanığın Suçlamaya İlişkin İfadesi

Montgomery – Florida^[39]

Amerikan hukukuna göre sanık bir suçlama karşısında şu genel tepkileri verebilir: Suçu kabullenme (*plea of guilty*), suç iddiasını reddetme (*plea of not guilty*) ve ne kabul ne itiraz (*nolo contendere ya da no contest*). Ayrıca, tamamen sessiz kalma ve alakasız beyanatta bulunma gibi diğer tepkiler vardır ki, bunlar ikinci kategoride değerlendirilmektedir.

Dava konusu olayda, Montgomery gözaltına bir kere şiddetle ve bir kere şiddetsiz direnme ile karaborsacılık suçlarından mahkûm edilmiş ve 16 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Hükümlünün daha önce üç farklı suça ilişkin almış olduğu askıya alma kararları ceza hesaplamasına dâhil edilmiştir. Montgomery buna itiraz etmektedir. Çünkü askıya alma kararlarının üçü de suçu kabullenme sonrasında değil, ne kabul ne itiraz sonrasında verilmiştir.^[40] Askıya alma kararları suçluluk tespit edilmeden verilebilmektedir ve kendi durumunda da öyle olmuştur. Montgomery’nin temyiz gerekçesi, sübut bulmamış suç iddialarının sübut bulmuş etkisi yapmasına dayanmaktadır.

Sanık, aynı konu hakkında verilmiş farklı karar örneklerini sunmaktadır. Ne kabul ne itiraz durumlarında verilen askıya alma kararlarının suçluluk sayılmadığı olmuştur (*Örneğin, Garron – Florida, 528 So.2d 353 (Fla.1988)*). Hükümet cevabında bu kararların istisna teşkil ettiğini, içtihadın 1917 yılından beri aksi yönde olduğunu belirtmiştir. 1999 yılında çıkarılan bir yasayla

[38] Florida’daki askıya alma kararları hakkında ayrıntılı bilgi için: Tragos, George E; Sartes, Peter A. “*Withhold of Adjudication: What Everyone Needs to Know*” *The Florida Bar Journal* 82.2(2008): 48-50.

[39] Florida Yüksek Mahkemesi, Dosya No: SC02-1943, Karar Tarihi: 3/17/2005.

[40] Burada kast edilen, sanığın suçu ikrar etmesinin tek başına mahkûmiyete yol açması değildir.

da içtihat teyit edilmiştir. Sonuçta Yüksek Mahkeme bölge mahkemesinin kararını onamıştır. Sanığın ne kabul ne itiraz tepkisi vermesi sonrasında askıya alma kararına hükmedilmesi suçluluğa hükmedilmesi olarak düşünülmüştür.

Onama kararı 5'e karşı 3 çoğunlukla çıkmış, muhalefet şerhinde askıya alma kararının çıktığı duruşmada sanık tepkisinin dikkate alınması gerektiği görüşü savunulmuştur. Askıya alma kararı ancak sanığın suçlamayı kabul etmesi akabinde verilirse mahkûmiyet sayılabilir. Böyle bir kabul yoksa ve mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın askıya alma kararı verilmişse, bu kararın ilerideki ceza hesaplarına ağırlaştırıcı bir etki yapması haksız görülmüştür.^[41]

Somut olayda askıya alma kararı verileceği için başlangıçta sanık ifadesine gerekli önem verilmemiştir. Tam bir yargılama yapılmamış ve sanıktan suçu ikrar yönünde hiçbir ifade alınmamıştır. Sanık ifadesi daha sonra başka bir nedenle önem kazanmış fakat sanık ifadesinin yargısal ihtiyaçtan bağımsız olan hukuki değerine uygun davranılmayarak sanık suçu itiraf etmiş gibi davranılmıştır. Türkiye'de de bir hâkimin HAGB eğilimi nedeniyle sanık ifadesine gereken önemi vermemesi yahut sanığın HAGB'ye razı olmasını bizatihi itiraf gibi kabul etmesi ihtimalleri daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Diğer bir aşırılık da, sanığın usulen ve hüküm kurulmadan sorulmuş bir soruya cevap olarak HAGB'yi kabul ettiğini belirtmesinin mutlak ve bilinçli bir rıza olarak görülmesidir.

2. Sanığın HAGB'yi Kabul Ettiğine İlişkin İfadesi

Erkuş – Türkiye^[42]

Erkuş Mersin Üniversitesi'nde profesördür. Başka bir profesörü (A. T.) kendisinden intihal yapmakla suçlamış ve ona "Hırsız" demiştir. Ankara Hukuk Mahkemesi A.T.'nin intihal yaptığını 15/6/2011 tarihinde tespit etmiştir. Mersin Sulh Ceza Mahkemesi Erkuş'u 30/6/2011 tarihinde hakaret suçundan mahkum etmiş ve HAGB kararı vermiştir. Erkuş'un itirazı 15/7/2011 tarihinde reddedilmiştir. Erkuş temyiz yolunun kapalı olmasından şikayetle AİHM'e başvurmuştur.

AİHM başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Kararın ilgili Kanun maddesine atıf yapan 21. paragrafı sanığın kabulü olmadıkça

[41] Kanaatimce, askıya alma kararı uygulamasında hâkimin herhangi bir karar verip dosyayı çıkarması sanığın suçu ya da masum olmasından daha önemli görülmektedir. Bu anlayış Türkiye'deki hâkimlerin HAGB kararı vermesini tetikleyen duyguya paraleldir. Tek farkla ki, Florida'da askıya alma kararı mahkûmiyet hükmüne dayanmamaktadır. Hal böyleyken, askıya alma kararında sanık tepkisine dayanılarak tam bir muhakeme yapılmadığının Yüksek Mahkemece göz ardı edilmesi sonucunda verilen Montgomery kararı açık bir yanlışlık içermektedir. Muhalefet şerhinin daha tutarlı olduğunu düşünüyorum.

[42] AİHM, Başvuru No: 61196/11, Karar Tarihi: 4/12/2012.

HAGB uygulanamayacağını ifade etmektedir. Reddin gerekçesi ise Hükümet'in savunmasına dayanmaktadır ve kararın 6. ve 22. paragraflarında belirtilmiştir: Buna göre, Erkuş “beraat etmeyecekse HAGB uygulanmasını talep etmiştir.”.

Kabul etmekle talep etmek aynı şey değildir. Bir seçeneğin tam anlaşılma-
dan avantajlı görülmesi kabul edilmesine yeter. Talep edişte ise tam bir irade
ve sorumluluk söz konusudur. Burada sorulması gereken soru şudur: Erkuş
gerçekten HAGB'yi talep mi etmiştir; yoksa Hükümet Erkuş'un standart bir
prosedür içerisindeki kabulünü talep gibi mi göstermiştir? Dahası, sanığın
HAGB'yi talep etme hakkı var mıdır? Burada HAGB kararının sanığın talebine
istinaden verilmediği hatırlanmalıdır.

A.T.'nin Erkuş'tan intihal yaptığının mahkeme kararıyla sabit olmasından
15 gün sonra, Erkuş'un “Hırsız” sözü nedeniyle hakaret suçundan yargılandığı
bir davada kendisine temyiz yolunu kapatacak bir kararı talep etmesi olasılığı
nedir? Açıkça talep ettiği bir kararı temyiz edememesini AİHM'e şikayet etmesi
olasılığı nedir? Bu soruların cevaplarını bilmemekle beraber, Sulh Ceza Mahke-
mesinin sanığın kayda geçmiş bir cevabını esas alarak HAGB kararı verdiğini
AİHM kararından öğrenmekteyiz.

AİHM kendisine sunulan verilere dayanmış ve Hükümet'in açıklamasından
tatmin olmuştur. Fakat AİHM'in bu kararının yalnızca sanığın açıkça HAGB'yi
talep ettiği durumlar için bağlayıcı olduğu düşüncesindeyim. Zira AİHM'i ikna
eden açıklama başvurusunun talebi üzerine HAGB kararı verildiği savunması
olmuştur. Bu savunma ise HAGB uygulamasını doğru yansıtmamaktadır.

Sanık ifadesinin ilk örneğimizde pek az, bu örneğimizde ise pek fazla dikkate
alındığını görmekteyiz. İki dava da sanık/başvurucu aleyhine reddedilmiştir.
Kanaatimce ilk kararda özensizlik, ikinci kararda ise yönlendirilme ihtimali
söz konusudur.

B. HAGB'nin Beraat İşlevi Görmesi

1. Kamu Göreviyle İlişkili Suçlarda

Taylan – Türkiye^[43]

Başvurucu, 8/3/2000 tarihinde suç örgütü kurmak, rüşvet, dolandırıcılık,
tehdit suçlarının faili şüphesiyle gözaltında alınmış ve işkence görmüştür. 2003
yılında Bursa Ağır Ceza Mahkemesi 3 polisin mahkûmiyetine ve 647 sayılı
Kanun uyarınca cezalarının ertelenmesine karar vermiştir. 2006 yılında Yargıtay
davanın yeni TCK uyarınca tekrar görülmesine karar vermiştir. Yerel mahkeme
eski kanunun mahkûmlar için lehte olduğuna karar vererek daha önce hükmettiği
cezaı adli para cezasına çevirmiştir. 2/7/2008 tarihinde Yargıtay hükümün

[43] AİHM, Başvuru No: 32051/09, Karar Tarihi: 3/7/2012.

açıklanmasının geri bırakılması seçeneğinin değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiş, nihayet 5/11/2008 tarihinde Bursa Ağır Ceza Mahkemesi tarafından HAGB'ye karar verilmiştir. Başvurucunun karara itirazı reddedilmiştir. Ayrıca, hakkında idari soruşturma yürütülen 13 polisin hiçbiri ceza almamıştır.

Başvurucu işkenceden, yargılamanın uzunluğundan ve HAGB ile suçlu polisler muafiyet getirildiğinden şikayet ederek Sözleşmenin 3. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet işkenceyi reddetmemiş, HAGB uygulamasını savunmuştur.

AİHM kararının 43. paragrafında 3. maddeye uyumlu ve etkili bir soruşturmanın suçluların teşhis ve cezalandırılmasını içerdiği belirtilmiştir. Ulusal yargı mercilerinin fiziksel ve psikolojik hiçbir acının cezasız kalmamasını teminle yükümlü oldukları hatırlatılmıştır. 44. paragrafta, verilen kararın kamu güvenini ve hukuk devletine uymayı zorlaştıran, suça müsamaha gösterici bir hüviyete büründüğü ima edilmiştir. 45. paragrafta, işkenceden yargılanan kamu görevlilerinin dava süresince ve aklanana kadar görevden el çektilerini zarureti bildirilmiştir. 46. paragrafta, söz konusu kararla mahkûmiyetin hükümsüz ve etkisiz hale geldiği, bu gibi sonuçları doğurduğu takdirde HAGB benzeri uygulamaların kabul edilemez olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin usul ve esas itibarıyla ihlal edildiğine ve 45,500 avro tazminata hükmedilmiştir.

İşkence yapan polisler hakkında HAGB kararı verilmesini içeren başka bir davalarda da aynı sonuca varılmıştır.^[44] AİHM içtihadı bu konuda netleşmiştir: Suç, kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasından ve yetkisini aşmasından kaynaklanıyorsa, özellikle işkence veya kötü muamele içeriyorsa HAGB verilemez.

2. Caydırıcılığın Kalmaması

Florida – Clayton^[45]

Üzerinde kokain yakalanan Clayton hakkında askıya alma kararı verilerek kanunun öngördüğü “*ehliyetine el koyma*” cezasına hükmedilmemiştir. Clayton suçu kabul etmektedir. Bir süre sonra Clayton'un üzerinde yine uyuşturucu yakalanmış ve ilk derece mahkemesi tekrar askıya alma kararı vermiştir. Hükümet karara itiraz etmiştir. İlk derece mahkemesi açıklamasında ehliyetin Clayton'un işi ve geçimi için zaruri bir nesne olduğunu beyan etmiştir. Bu nedenle “*ehliyetine el koyma*” cezasının tatbiki uygun görülmemiştir. Temyiz mahkemesi, sabit olan bir suçun kanunda açıkça belirtilen cezasının iki kere askıya alma kararı

[44] Böber – Türkiye, AİHM, Başvuru No: 62590/09, Karar Tarihi: 9/4/2013. Eski – Türkiye, AİHM, Başvuru No: 8354/04, Karar Tarihi: 5/6/2012.

[45] Florida 3. Bölge Temyiz Mahkemesi, Dosya No: 3D08-709, Karar Tarihi: 22/10/2008.

vermek suretiyle ortadan kaldırılamayacağına hükmetmiştir. Karar bozulmuş ve ehliyete el konmuştur.

İkinci kez verilen askıya alma kararıyla birinci askıya alma kararı tamamen amaçsız, dolayısıyla birinci suç tamamen sonuçsuz kalmıştır. Böylesi bir askıya alma kararı caydırıcılıktan uzaktır. Benzer şekilde, Türkiye’de hakkında HAGB kararı verilen bir sanığın aynı suçu tekrar işlemesi halinde bu suçtan mağdur olan kişi HAGB’nin yeterli caydırıcılığa ulaşmadığını, dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini iddia edebilir.

3. Mağdurun Tatmin Edilmemesi

Irene Wilson – Birleşik Krallık^[46]

Başvurucu Kuzey İrlanda’da yaşamaktadır ve kocasıyla beraber alkol aldıkları bir akşam kocasından dayak yemiştir. Başvurucunun şikâyeti üzerine görülen davada verilen 18 aylık hapis cezasının 3 yıl ertelenmesi uygun bulunmuştur. Başvurucu cezanın çok hafif kaldığını iddia ederek temyiz yollarına başvurmuştur. Başvurucunun kocası 50 yaşındadır, sosyal olarak makbul bir konumdadır ve temiz bir adli sicile sahiptir. Şikâyet konusu dayak olayı tekerrür etmemiştir. AİHM bu nedenlere dayanarak verilen cezanın yeterli caydırıcılığa ulaştığını belirtmiş, başvurucunun 8. maddenin ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bularak başvuruyu reddetmiştir.

Kanaatimce bu kararda gerek İngiliz mahkemeleri gerekse AİHM fazlasıyla sanığa odaklanmışlardır. Oysa burada mağdur açısından farklı “*bir hukuki sonuç*”tan bahsetmek mümkündür. Mağdur tatmin olmamıştır. Mağdur kocasının beraat ettiğini, uğradığı saldırıdan doğan zararın telafi edilmediğini düşünmektedir. Türk hukukunda HAGB halinde mağdurun tatmininde sadece ölçülebilir zararın dikkate alınması halinde bu karardakine benzer bir yanlış sonuca varılması mümkün görünmektedir.

C. HAGB’nin Ağır Sonuçlar Doğurması

Yukarıda özetlenen Florida-Clayton davasında Clayton’un suçunun sabit olduğu ve cezalandırılması gerektiği aşikârdır. Bununla beraber, verilen ceza Clayton’un çalışmasını zorlaştırdığı için orantısız bulunabilir mi? Yaşam hakkına müdahale boyutuna varmış sayılabilir mi?^[47] Her ne kadar somut olayda verilen cezanın ağır ya da hafif olduğunu iddia edecek konumda değilsek bile, dinamik bir cezalandırma rejimi olmaması nedeniyle bir yaptırımın kanunda

[46] AİHM, Başvuru No: 10601/09, Karar Tarihi: 23/10/2012.

[47] Hakyemez, Yusuf Şevki. “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi*”. Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Doğum Günü Armağanı, C. 2. İstanbul: Beta, 2001.

öngörülenden daha ağır sonuçlar doğurabileceğini hatırlatmak istiyoruz. HAGB'nin de öngörülenden daha ağır, insan haklarına ve özgürlüklerine esas itibariyle uymayan bir hüviyete bürünmesi muhtemeldir. Bu durum potansiyel bir ihlal sebebi olarak hatırdta tutulmalıdır.

1. Masumiyet Karinesine Aykırılık Oluşturması

Fazlı Diri – Türkiye^[48]

HAGB uygulamasının insan hakları açısından yorumlanmasına ışık tutacak bu davada söz konusu olan bir yargılanmanın ertelenmesi karardır.

Başvurucu Fazlı Diri Trabzon'da bir bankada güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır. İki şube arasında nakil sırasında 10,000 avro kadar bir para kaybolmuş, başvuru aleyhine 23/7/1998 tarihinde emniyeti suiistimal iddiasıyla kamu davası açılmıştır. 22/12/2003 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesince başvuru suçlu bulunmuş fakat 22/12/2000 tarihinde yürürlüğe giren 4616 sayılı Kanun uyarınca başvuru hakkında hüküm verilmemesine ve yargılanmanın ertelenmesine karar verilmiştir. Başvurucu aklanamadığı gerekçesiyle 13/2/2004 tarihinde temyize gitmiştir. Temyiz aşamasında Yargıtay kesinleşmiş kararın olmadığına, dolayısıyla temyiz yolunun kapalı ancak itiraz yolunun açık olduğuna hükmetmiştir. Diğer taraftan, banka tarafından 30/8/1998 günü Trabzon İş Mahkemesinde açılan davada; İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinin başvuruçunun "suçu işlediği" yönündeki tespitine dayanılarak paranın geri ödemesine karar verilmiştir. Bu karar, 2005 yılında faiz hesaplaması konusundaki bozma dışında Yargıtayca onanmış ve kesinleşmiştir.

30/8/1998 tarihinde iş akdi feshedilen başvuru Trabzon İş Mahkemesinde işten atılması nedeniyle tazminat davası açmıştır. Dava 21/9/2004 tarihinde reddedilmiştir. Yargıtay, 26/5/2005 tarihinde başvuruçunun şahitlerinin dinlenilmemesi, bilirkişi raporları alınmaması ve yalnızca İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararına itibar edilerek dosyanın incelenmiş olması gerekçesiyle kararı bozmuştur. İş Mahkemesi kararında direnmiş ve Yargıtay 1/8/2006 tarihinde kararı onayarak tazminat talebini reddetmiştir.

AİHM kararının 34. paragrafında, Ağır Ceza Mahkemesi kararının kesin hüküm içermediği, Yargıtayın temyizi ret kararına ve 4616 sayılı Kanun'a dayanılarak ifade edilmiştir. Kesin hüküm içerse bile, bu hükümün bir mahkûmiyet olmadığı vurgulanmıştır. Başvuruçuya İş Mahkemesince hükümlü muamelesi yapılması hukuksuz bulunmuştur.

AİHM, Sözleşme'nin 6/2. maddesinde belirtilen masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ve toplamda 4000 Avro tazminata hükmetmiştir.

[48] AİHM, Başvuru No: 4062/07, Karar Tarihi: 28/8/2012.

Bu minval üzere olan diğer davalarda da (örneğin *Erkol-Türkiye; 50172/06, 19/4/2011*) aynı sonuca varılarak ertelemenin öngörülmeleyen hukuki sonuçlarının ihlal doğurabileceğine dikkat çekilmektedir.

2. Sonraki Suçların Hukuki Yorumuna Etkisi

***Achour – Fransa*^[49]**

Başvurucu 1984 yılında uyuşturucu ticaretinden mahkûm olmuş ve 12/7/1986 tarihinde tahliye olmuştur. Yürürlükteki ceza kanununa göre başvurunun infazdan sonraki 5 yıllık süre içerisinde suç işlemesi halinde teker-rür hükümleri uygulanacaktır. 1/3/1994 tarihinde ceza kanununda değişiklik yapılmış ve tekerrür için dikkate alınacak süre 10 yıla çıkartılmıştır. Başvurucu 1995 yılı sonunda tekrar uyuşturucu ticareti yaparken yakalanmış ve 1997 yılında tekerrür gerekçesiyle ağırlaştırma yapılarak 8 yıl hapis ve 10 yıl sınır dışına çıkarma cezasına hükmolunmuştur. 1997 yılında Lyon Temyiz Mahkemesi cezanın hapis kısmını 12 yıla çıkarmış, ihraç kısmını onamıştır. Fransız Yargıtayı temyiz talebini 2000 yılında reddetmiştir.

Başvurucu önceki kanun çerçevesinde tekerrür süresinin bitmiş olduğunu, yeni kanunun aleyhine olan hükmüyle adeta yeniden cezalandırıldığını iddia etmektedir. Hükümet, 12/7/1991–1/3/1994 tarihleri arasında suç işleydi tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını ve cezanın ağırlaştırılmayacağını kabul etmektedir. Buna rağmen; sabıka kayıtlarında başvurunun eski mahkûmiyetinin görüldüğü, ayrıca yeni kanunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir. AİHM de kararında bu görüşe katılmış; sabıka kaydının mahkeme tarafından görülmesinde ve bu kaydın yeni kanun uyarınca dikkate alınmasında bir sakınca olmadığına, dolayısıyla 7. maddedeki “*Kanunsuz ceza olmaz.*” ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM’in bu kararı ölçü alınırsa HAGB kararlarının özel bir sistemde tutulmasına ilişkin Kanun hükmünün uygulanmayışını yadırgamamak gerekir. Fakat bu, hukuka uygun bir tavır olmayacaktır. Nitekim Yargıç Popoviç karara muhalefet etmiş, iki ceza kanunundan sanık lehinde olanının seçilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM’in geçmiş kararlarından örnekler vererek yerleşmiş içtihadın eldeki kararın tam aksi yönde olduğu notunu düşmüştür. Bu kararda neden bir istisna yapılmak istendiğini anlamadığını itiraf etmiştir.

Kanaatimce burada AİHM’in yürüttüğü mantık sağlam ve temellendirilmiş değildir. Zira yeni kanunla birlikte 1/3/1994 – 12/7/1996 tarihleri arasının da başvurunun denetim süresine dahil edilmesiyle birlikte şu gayri makul görüntü ortaya çıkmıştır: Başvurucu tekerrür hükümlerine önce 5 yıl tabidir,

[49] AİHM, Başvuru No: 67335/01; Karar Tarihi: 29/3/2006.

sonra 3 yıl kadar tabi değildir, sonra 2 yıl kadar tekrar tabidir, sonra süresiz olarak tekrar tabi değildir. Başvurucunun aradaki 2 yıllık sürede suç işlemesi dolayısıyla aleyhine hükümlerin uygulanması Yargıç Zupançiç'in onay şerhinde tartıştığı şu soruyu akla getirmektedir: Burada başvurucunun eylemi (*act*) mi, karakteri (*personality*) mi yargılanmaktadır? Kanaatimce burada karakter yargılaması yapılmış, ortaya kanunilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından tatmin edici olmayan bir karar çıkmıştır.

Türkiye'deki HAGB uygulaması bu karar bağlamında düşünülebilir. Öncelikle, HAGB'nin de, yukarıda izah edildiği gibi, gelecek eylemleri bağlayıcı ve tanımlayıcı bir yönü vardır. İkinci olarak, HAGB kararları eylem tarifinden öte karakter tarifi anlamına gelecek bir özelliğe sahiptir. Eylem tarifi kısmının açıklanmayıp ertelendiğini varsaysak dahi erteleme süresince ve hatta sonrasında sanığın karakterinin hep bir gölge ve şaibe altında kaldığını inkar edemeyiz. Geri bırakma süresince adli sicil kaydına, sonrasında ise adli sicil kaydı arşivine dahil edilen HAGB kararları kişinin tüm ceza davalarında ve ilgili hukuk davalarında savcı ve hâkim önüne konmaktadır. Hâkimin kanuni hükmünün olmasa bile vicdani kanaatinin bu kayıtlardan hiç etkilenmemesini beklemek gerçekçi olamaz.

Wilson-Birleşik Krallık davasını hatırlatalım: Karısına şiddet uyguladığı sabit olan bir adamın ceza erteleme ve denetim almasındaki faktör adli sicilinin temiz olması olmuştur. Türkiye için konuşacak olursak, güncel yahut geçmiş kayıtlarda HAGB notunun bulunmasının ve bulunmamasının hâkimler üzerinde farklı etkiler bırakacağı, dolayısıyla başvurucunun varsa bu yöndeki iddiaları dikkate alınmalıdır.

3. HAGB'nin Aşırı Bir Yaptırım Olabileceği Durumlar

Şabanoviç – Karadağ ve Sırbistan^[50]

Başvurucu Karadağ'da bir kamu şirketinin müdürüdür ve gündemde olan bir kanalizasyon tartışmasıyla ilgili olarak düzenlediği basın toplantısında sorumlu başmüfettiş hakkında ithamlarda bulunmuştur. Başvurucunun lekeleme (*defamation*) suçu işlediği ve 3 aylık hapis cezasının infazının 2 yıllık iyi hâl şartıyla kaldırılması Karadağ'ın başkenti Podgoriça'daki yüksek mahkemenin 1/11/2005 tarihli onama kararıyla kesinleşmiştir.

AİHM, başvurucunun ifadelerinin ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığını, zira verisel kesinlik değil değer yargılaması taşıdığını, başmüfettişin şahsıyla değil işiyle alakalı olduğunu, ayrıca yüksek seviyedeki kamu personelinin diğer kişilere nazaran daha fazla toleransa sahip olması gerektiğini belirterek

[50] AİHM, Başvuru No: 5995/06, Karar Tarihi: 31/5/2011.

Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda hapis cezasının ifadeyle ilgili suçlar için ağır bir yaptırım olduğu ve erteleme hâlinde hâlâ bir infaz ihtimali kaldığı için bu ağırlığın devam ettiği tespitine yer verilmiştir.

HAGB kararları da buna paralel olarak gayet küçük suçlar için uygulandığında ağır ve suçla orantısız bir yaptırım olabilecektir. Özellikle insan hakları yargısında ifade özgürlüğü tartışımında beraat yönünde bir kanaat oluşursa HAGB aşırı bir yaptırım olarak görülebilecektir.

D. HAGB'nin Psikolojik, Sosyal ve Mesleki Duruma Etkisi

Gillberg – İsveç^[51]

Başvurucu Göteborg Üniversitesinde profesördür ve üniversite adına yürüttüğü bir araştırmayı sonradan talep eden iki araştırmacıyla yerel ve ulusal mahkeme kararlarına rağmen paylaşmamaktadır. 27/6/2005 tarihinde bölge mahkemesi, başvurusunun görevi kötüye kullanma suçunu işlediğini tespit etmiş fakat ertelemeye ilaveten 4,000 avro civarında para cezasına karar vermiştir. İsveç'te ceza ertelemesinde hapis süresi tayin edilmemekte, 2 yıllık denetim süresinde tekrar suç işlenmesi hâlinde önceki ve sonraki suç için ortak bir hüküm verilmektedir. 25/5/2006 tarihinde ulusal kanun yolları tamamlanarak ilk karar kesinleşmiştir.

Başvurucu, araştırmanın pek çok kişiden toplanmış özel bilgiler içerdiğini, araştırma sırasında bu kişilere gizlilik taahhüdü yapıldığını, İsveç'teki mahkeme kararlarının kendisini bu taahhüde aykırı hareket etmeye ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesini ihlal etmeye zorladığını iddia etmiştir. Ayrıca, verilen kararlar yine 8. madde kapsamında kendi haklarının ihlal edildiğini; ün ve onurunun lekelendiğini; kişisel, sosyal, psikolojik ve ekonomik olarak zarar gördüğünü ifade etmiştir. Başvurucu, karar sonrasında Norveç Kamu Sağlığı Enstitüsünden ihraç edilmesini ve yaşadıkları yüzünden yazmayı planladığı en az 5 kitabı yazamayışını, kısaca sosyal ve ekonomik kayıplarını öne çıkarmıştır. Özel bilgileri paylaşmaması nedeniyle mahkemece suçlu bulunsa da, bu tavrının pek çok saygın bilim adamınca takdir edildiğini belirtmiştir.

AİHM, kararında 8. madde ışığında özel hayatın geniş ve pek çok unsurla bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Bu genişlik içerisinde düşünülerek başvurusunun özel hayatının karardan etkilendiği kabul edilmiş fakat kararın ve etkilerinin başvurusunun kendi eylemlerinin sonucu olduğu ifade edilmiştir. Başvurucu ceza alacağını bildiği halde mahkeme kararını sorgulayıp yanlış bulmuş ve yerine getirmemiştir. AİHM ise kararın içeriğinde bir ihlal görmemiştir. Sonuç olarak hukuka uygun olarak verilen mahkûmiyet hükmünün doğal ve öngörülebilir

[51] AİHM, Başvuru No: 41723/06, Karar Tarihi: 3/4/2012.

sonuçlarının ötesinde, aşırı ve orantısız bir zarar vuku bulmamıştır. Başvurucu hâlâ profesör ve bölüm başkanıdır. Başvurucu zarar gördüğü iddiasını güçlü delillerle desteklememiştir.

Başvurucunun ifade özgürlüğüne ilişkin iddiaları da dayanaksız bulunarak, Sözleşme'nin 8 ve 10. maddeleri başvuruya uygulanamaz bulunmuş ve ihlal tespit edilmemiştir.

Özetlenen AİHM kararı HAGB benzeri kararların sosyal alanda ne tür sonuçlar ortaya çıkaracağına dair iyi bir örnek sunmaktadır. Bu davada başvuru ciddi ve haksız bir zarara uğradığını ya da hukuka aykırı yargılandığını ispat edememiştir. HAGB yahut benzeri bir uygulama nedeniyle başvurucunun ciddi ve haksız bir zarara uğraması durumunda (*ayrımcılığa maruz kalma, işten atılma gibi*) başvurunun kabul edilmesi, sonrasında Anayasa Mahkemesi veya AİHM tarafından ihlal tespit edilmesi mümkündür.

SONUÇLAR VE ÖNERİLER

HAGB, ceza politikasına esneklik kazandıran, sanık lehine dizayn edilmiş, potansiyel olarak makul ve faydalı bir uygulamadır. Fakat yukarıda dava örnekleriyle kısaca temas edildiği üzere aynı zamanda bazı ciddi sorunlar doğurabilmektedir. Bunları çözüm önerileriyle birlikte şu şekilde listeleyebiliriz:

HAGB’de ciddi bir keyfilik tehlikesi vardır. İşaret edildiği üzere, HAGB bir seçenek olarak muhakeme sürecine ve hâkimin tarafsızlığına reddedilemez şekilde negatif etki yapabilmektedir; bu yapısal bir sorundur. Delillerin toplanması, sanığın ve tanıkların dinlenilmesi, davaya ilişkin unsurlarının tümünün dikkate alınması ve kararın gerekçelendirilmesi noktalarında kusur görülmesi bir insan hakkı ihlalinin tespit edilmesine yol açabilecektir.

Sanığın lehte olan hükümlerin uygulanmasına onay vermesi mutlak bir rıza olarak yorumlanmamalıdır. Mahkeme tutanakları incelenerek sanığın bu onayı nasıl bir bilgi ve bilinç seviyesinde verdiği dikkate alınmalıdır. Hâkim ve sanık arasındaki iletişimden doğabilecek hukuki problemlere yasamanın alanına giren şöyle bir çözüm önerilebilir: Hâkim mutad yargılamayı yürütür ve hükümünü kurar. Bu hüküm mahkûmiyet hükmü ise sanık dilerse HAGB’yi başka bir hâkimden talep eder. Böylece hâkimin HAGB’ye meyletmediğine ve sanığın HAGB’ye tam ve net bir rızası olduğuna kanaat getirilir.

Hukuken sonuçsuz olması gereken HAGB kararlarının adli sicil kayıtlarında görünmesi HAGB’nin sanığın sosyal entegrasyonunu bozmama amacına ters sonuçlar doğurabilmektedir. Yürürlükteki Kanun’un gereği yapılmalı ve HAGB kararları ayrı bir sistemde tutulmalıdır.

Kanun’un hukuki sonuç doğurmama iddiasıyla bağlı kalınmamalıdır. Zira HAGB uygulanmasıyla ortaya çıkacak etkilerin ve sonuçların şüphesiz cezadan başka bir hukuki karakteri ve anlamı olacaktır. HAGB kararlarının hem hukuk mantığı hem de kanun-hayat ilişkisi açılarından sorgulanması gereken noktalar barındırdığı hatırlanmalıdır.

Kişiler, HAGB kararının aşırı sayılabilecek yan sonuçlar (*işten çıkartılma gibi*) doğurması halinde bu sonuçlar itibariyle mağduriyet iddiasında bulunabileceklerdir. Bu bağlamda, kişinin durumuna göre potansiyel mağduriyet ihtimali de dikkate alınmalıdır.

HAGB kararının af veya beraat fonksiyonu icra etmesi halinde ihlal tespit edilebilir. Özellikle kamu görevlilerinin işkence ve kötü muamele gibi suçları işlemeleri halinde HAGB yoluna gidilmişse devletçe suçun teşvik edildiğini, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini varsayılabilir.

Her ne durumda olursa olsun, mağdurun tatminine muhakemede öncelik verilmelidir. HAGB uygulaması salt kamu davası çerçevesi içinde düşünülmemeli,

mağdurun çiğnenen hakkıyla ilgili haklı beklentilerine ne ölçüde kavuştuğu sorgulanmalıdır. Açık ve giderilmemiş bir bireysel zarar söz konusu olduğunda kamu yararı arayışına gidilmemelidir.

HAGB kararına karşı şekli itirazdan öte bir yolun olmaması hak aramayı kısıtlayıcı mahiyetteydi. Yargıtayın yeni içtihadı uyarınca uygulamanın düzeltilmesi, kararın mahkûmiyet hükmü açısından ve esas yönünden incelenebilmesi gerekmektedir. Bu incelemenin temyiz ya da itiraz mercii tarafından yapılmasından ziyade insan hakları ideallerini karşılamadaki etkililiğine bakılmalıdır.

HAGB sonrasında sanık statüsünün devam etmesi ve yargılamanın sonuçlanmamış olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve HAGB'nin söz konusu olduğu bir bireysel başvuruda kanun yollarının tüketilmemesi bir kabul edilemezlik gerekçesi olarak ileri sürülebilir. Bu noktada, yukarıda özetlediğimiz; etkililik, ölçülülük, makul süre, muhakemenin hukuka uygunluğu, lekelenmeme hakkı gibi ilkeler ışığında katı usul yorumları geliştirilmemesi insan hakları yargısı adına daha sağlıklı ve güven veren bir tavır olacaktır.