

(KANUNLA DA OLSA) HAGB KARARINA MAHKÛMİYETİN HUKUKİ SONUÇLARI BAĞLANABİLİR Mİ?

Av. Coşkun ÖZBUDAK*

1. Giriş:

Bilindiği üzere “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” (HAGB) kurumu hukuk sistemimize ilk olarak 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiştir. Anılan Kanun uyarınca çocuklar hakkında uygulanan kurum, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 231. maddesinin 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmesi suretiyle tüm sanıklar için uygulanabilir hale gelmiştir.^[1]

Her ne kadar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa 5739 sayılı Kanunla eklenen Ek 10. Maddede; “*Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz.*” denilerek, asker kişiler 1632 sayılı Kanunda yazılı suçlar bakımından HAGB kapsamı dışında bırakılmış ise

* Ankara Barosu.

[1] Mustafa ARTUÇ: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2009, s. 2-4

de, yukarıdaki hüküm Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından iptal edilince,^[2] HAGB kararı asker kişiler hakkında da uygulanabilir hale gelmiştir.

Bununla birlikte, CMK'nin 231/5. fıkrasındaki: "**Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.**" hükmüne, hükmün gerekçesine ve yüksek yargı organlarının içtihatlarına rağmen, HAGB kararları uygulamada birçok hukuki sonuca yol açmaya devam etmektedir.

HAGB kurumu son olarak, 6586 sayılı "*Milli Mayın Faaliyet Merkezi Kurulmasına İlişkin Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*" aracılığıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerini (TSK) ilgilendiren bazı kanunlara ithal edilerek; **statüye giriş, nasıp, terfi, statü değiştirme** ve **statüden çıkarma** gibi işlemlerde dikkate alınacak unsurlar arasına eklenmiştir.

HAGB kararları zaman içinde bireysel başvurulara da konu edilmiş ve bu kararların diğer yargı organlarınınca nasıl değerlendirilmesi gerektiği, hangi durumlarda ve hangi ölçülerde hükme esas alınabileceği hususunda, AYM kararlarıyla birtakım ölçütler ortaya konulmuştur.

Ancak 6586 sayılı Kanunun bu çalışmaya konu olan düzenlemeleri, HAGB kararlarını hukuksal etki ve doğurduğu sonuçlar bakımından "**Mahkûmiyet**" ile aynı nitelikte kabul ederek mevcut duruma başka bir boyut kazandırmıştır.

İlgili idareler ile yargı organlarını bağlayan ve (CMK'nin 231/5. fıkrasının aksine) **HAGB kararının sanık hakkında çok önemli hukukî sonuçlar doğurmasına yol açan** bu kabulün Anayasaya aykırılıkla malul olması kuvvetle muhtemeldir.

Bu çalışmada, 6586 sayılı Kanunun, HAGB kararlarına çok ciddi hukukî sonuçlar bağlayan düzenlemelerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususu tartışılacaktır.

2. İnceleme:

a. 6586 sayılı Kanun öncesi durum ve yapılan düzenlemelerin nedeni

İfa edilen görevin öneminden kaynaklı olarak, TSK'nin kurumsal yapısı ve personel statüsü konusunda Anayasa'dan başlayan bir hukuksal hassasiyet bulunduğu bilinmektedir.

[2] AYM'nin 17.01.2013 tarih E: 2012/80, K:2013/16 Sayılı Kararı

TSK'nin, personel, ceza ve ceza yargılaması alanlarında özel kanunları bulunması, statüye girişi ve statüden çıkarılma konularında 657 sayılı Kanunda ifadesini bulan genel ilkelerden daha ağır koşulların benimsenmiş olması, hep bu hassasiyetin sonucudur. Hassasiyetin temel yansımaları da 1632 ve 926 sayılı Kanunlarda karşımıza çıkmaktadır.

HAGB kurumunun hukuk sistemimize girişi öncesinde mevcut ve halen de aynı olan 1632 sayılı Kanunun 30. Maddesine göre:

“Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.

“A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,

“B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.

“Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerce üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir.”

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, ceza mahkûmiyetinin sonucu olan ve **“fer'i ceza”** olarak nitelenen bu türden çıkarma, **Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, yüz kızartıcı kabul edilen suçlardan her türlü hükümlülük, diğer kasti suçlardan ise ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde** söz konusu olmakta, mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi yukarıdaki türden **mahkûmiyetler** bu fer'i cezayı da gerektirmektedir. Keza Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, yüz kızartıcı kabul edilen suçlar dışındaki kasti suçlardan **askeri mahkemelerce üç aydan fazla hapis cezasına mahkûmiyete karar verilmesi halinde** Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası verilmesi hususunda askeri mahkemelere takdir yetkisi tanınmıştır.

Buna ilave olarak 926 sayılı TSK Personel Kanununun 50/1-d ve 94/1-c bentlerinde de hükümlü olma nedeniyle ayırma (TSK'den çıkarma) halleri düzenlenmiştir. Bu hükümlerde de; **ertelenmiş, para cezasına veya tedbire çevrilmiş, affa uğramış olsalar bile, Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla,**

yüz kızartıcı kabul edilen suçlardan **hükümlü** olan subay ve astsubayların TSK'den çıkarılacağı belirtilmiştir.

Keza yukarıdaki **mahkûmiyetler** 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununda sözleşmenin feshi, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununda da TSK'den çıkarma nedeni olarak sayılmıştır.

Ayrıca cezaları ertelenmiş, para cezasına çevrilmiş, genel veya özel af kanunları kapsamına girmiş olsalar bile; haklarında yukarıdaki türden ceza hükmü verilen subaylara yüksek lisans kıdemi verilmeyeceği, (926 S.K. md. 36), Harp Akademileri ile Komutanlık ve Karargâh Subaylığı Öğrenimine kabul edilmeyecekleri (3563 S.K. md. 11, 13) yardımcı doçentliğe atanmayacakları (2955 S.K. md. 19), astsubayların subaylığa geçemeyeceği, (926 S.K. md. 109) düzenlenmiştir.

Dolayısıyla 6586 sayılı Kanundan önceki dönemde ceza mahkûmiyetine bağlı olan TSK'den çıkarma, ya 1632 sayılı Kanununun 30 maddesinde belirtilen suçlardan mahkûmiyete bağlı olarak fer'i ceza uygulanmak suretiyle ya da bu mahkûmiyetler ertelenmiş, para cezasına veya tedbire çevrilmiş, affa uğramış olsalar bile, 926 sayılı Kanununun 50/1-d ve 94/1-c bentleri uyarınca söz konusu olabilmıştır.^[3]

İşte HAGB kurumunun yukarıda izah edilen şekilde (ve özellikle AYM'nin iptal kararı uyarınca) 1632 sayılı Kanunda yazılı suçlar bakımından asker kişilere de uygulanmaya başlanmasından sonra, bu karara muhatap olan asker kişilerin 1632 sayılı Kanununun 30. Maddesi ile 926 sayılı Kanununun 50/1-d ve 94/1-c bentleri gereğince TSK'den çıkarılmaları olanağı ortadan kalkmıştır.

5560 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, TSK, bir yandan 1632 sayılı Kanuna 5739 sayılı Kanunla eklenen Ek 10. Maddedeki; “Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz.” hükmü ile sistemini korumaya almış, bir yandan da Ek 10. Madde kapsamı dışındaki (örneğin Türk Ceza Kanunda düzenlenen) suçlardan HAGB kararına muhatap olanlar hakkında yapılacaklara ilişkin düzenleyici işlemler tesis etmiştir.

Bu kapsamda Genelkurmay Başkanlığının 27.07.2008 tarihli ve “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının İdari İşlemlere Uygulanma Esasları” konulu emrinde: *TSK'dan ayırmayı, sözleşme feshini veya ilişik kesmeyi gerektiren bir suç nedeniyle mahkemeler tarafından verilecek HAGB kararının yasal sonucu*

[3] 31.01.2013 öncesi dönemde Subay ve Astsubay Sicil Yönetmeliklerine, bu tarihten sonra da 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununa dayalı olarak disiplin yoluyla TSK'den çıkarma hükümleri saklıdır.

şeklinde ayırma, sözleşme feshi veya ilişik kesme işlemi yapılmayacağı, ancak; işlenmiş olan suçun vasfı, disiplini ihlal derecesi, personelin önceki disiplin durumu gibi kriterler göz önüne alınarak idare tarafından personel hakkında ayırmalsözleşme feshi işlemleri yapılabileceği (Md. 5/b) belirtilerek, hakkında HAGB kararı verilenlerin Subay ve Astsubay Sicil Yönetmeliklerine dayanılarak disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ayırma işlemine tabi tutulabilmesi yolu gösterilmiştir.

Ne var ki, AYM'nin 1632 sayılı Kanununun Ek 10. Maddesini iptal etmesi, TSK'yi başka arayışlara itmiş ve sistemi koruma güdüsü, yasama organının bu kez bir başka kalkan için devreye sokulmasına yol açmıştır.

b. 6586 sayılı Kanunla getirilen hükümler

TSK'nin veya bir başka idarenin bu saikten kaynaklı arayışını eleştirmek bir yana, anılan çabada kamu yararı olduğu düşüncesine katılmak gerekmektedir. Tabii ki, yöntemi ve sonucu ***bukuka uygun olmak kaydıyla!***

Yukarıda da kısaca özetlendiği üzere, 6586 sayılı Kanunla yapılan, HAGB kurumunun TSK'yi ilgilendiren bazı kanunlara ithal edilmesidir. Yasama organının bu tasarrufta bulunmasının eleştirilecek bir yönü yoktur. Zira Kanunlar Anayasa'ya dayanmak zorunda değildir. Yasama organının takdiri bu yönde tezahür etmiştir.

Hatta 6586 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerin, 5271 sayılı CMK'nin 231/5. fıkrasındaki hükmün aksine, ***HAGB kararının sanık hakkında çok önemli hukuki sonuçlar doğurmasına yol açması da***, kanunlar arasında bir çelişmezlik kuralı bulunmadığından bahisle, ***genel kanun – özel kanun ilişkisi*** çerçevesinde açıklanabilir.

Ancak HAGB kararlarının hukuksal etki ve doğurduğu sonuçlar bakımından ***“Mahkûmiyet”*** ile aynı nitelikte kabul edilmesi, mevcut Anayasal durum karşısında hiçbir hukuksal himaye göremez.

Konuya bakış açımızı bu şekilde saptadıktan sonra 6586 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerin ayrıntılarına bakabiliriz.

(1) Erteleme

Yukarıda da değinildiği üzere, 6586 sayılı Kanun ***HAGB kararını***, ilgili kanun maddelerinde mevcut bulunan ***ertelenmiş, para cezasına veya tedbire çevrilmiş, affa uğramış olsalar bile*** ibarelerinin yanına eklemektedir. Buna

göre; “erteleme”, “para cezası” tedbir” ve “af” kavramlarına bağlanan hukuki sonuçlar HAGB kararına da bağlanmaktadır.

O halde öncelikle yukarıdaki kavramların kısaca açıklanması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nin “**Hapis cezasının ertelenmesi**” başlıklı 51/1. Maddesine göre: “İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle **hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.**”

Bilindiği üzere, 5237 sayılı TCK'deki erteleme kurumu, 765 ve 647 sayılı Kanunlardakinden oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre 5237 sayılı Kanun uygulamasında; *sadece hapis cezaları ertelenebilir, failin geleceği (Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık) değerlendirilir, denetim süresi içinde denetimli serbestlik sistemi getirilmiştir, fail denetim süresi içinde suç işlemezse sadece ceza infaz edilmiş* sayılır.

Öyleyse (765 sayılı Kanunda bulunan, *deneme süresi içerisinde fail suç işlemezse mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılır* düzenlemesinden tamamen farklı olan) bu son kural uyarınca, hapis cezasının ertelenmesi kişinin hükümlü sıfatını ortadan kaldırmamaktadır.

Bu duruma göre, cezası ertelenen kişi hakkında 5271 sayılı CMK'nın 223. Maddesi kapsamında bir hüküm (mahkûmiyet) bulunmakta iken, HAGB kararına muhatap olan kişi hakkında ileride (düşme veya mahkûmiyet) hükme dönüşmeye ve ancak bu aşamadan sonra temyizden incelenmeye aday bir karar vardır.

Kısaca **cezası ertelenen kişi ile hakkında HAGB kararı verilen kişi aynı statüde değildir.**

(2) Adli para cezası

Adli para cezası 5237 sayılı Kanunda hem başlı başına bir ceza olarak hem de kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan bir olarak düzenlenmiştir. Örneğin 5237 sayılı Kanununun 50. Maddesinde, kısa süreli hapis cezasının; suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre (biri de *adli para cezası* olan) çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilebileceği kuralına yer verilmiştir.

Bu duruma göre, hakkındaki kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrilen kişi hakkında CMK'nın 223. Maddesi kapsamında bir hüküm (mahkûmiyet) bulunmakta olduğundan, **hakkında HAGB kararı verilen kişi, kısa süreli hapis cezası adli para cezasına çevrilen kişi ile de aynı statüde değildir.**

(3) Tedbir (Güvenlik tedbiri)

5237 sayılı Kanununun 45 ila 60 maddelerinde, suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiş, 53 – 60. maddeler arasında da “Güvenlik tedbirleri” başlığı altında birtakım hak yoksunluklarına yer verilmiştir. **Güvenlik tedbiri** öğretide, “*işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suç konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı*” olarak tanımlanmıştır.^[4]

5237 sayılı Kanunda güvenlik tedbiri olarak; *Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, Eşya müsaderesi, Kazanç müsaderesi, Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, Sınır dışı edilme, Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri* düzenlenmiştir.

Bu tedbirlerin başlıca ortak özelliği, işlendiği kanıtlanmış bir suçla bağlı olması ve 5271 sayılı CMK'nın 223. Maddesinde belirtilen hüküm niteliğinde bulunmasıdır.

O halde, ***hakkında HAGB kararı verilen kişi, cezası tedbire çevrilmiş/ güvenlik tedbirine hükmedilmiş kişi ile de aynı statüde değildir.***

(4) Af

5237 sayılı Kanununun 65. Maddesi uyarınca: “*Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.*”

Genel af cezaları ve mahkûmiyetleri tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırır. Genel af ile bir kimse o suçu hiç işlenmemiş gibi bir hale gelir. Örneğin işlediği suç sonucu memuriyetten çıkarılan kişi genel af sonucu tekrar memuriyete girme olanağına kavuşur. Ancak genel af ile devlete bu kimseyi yeniden memuriyete alma yükümlülüğü getirilmiş olmaz ve affa uğrayan kimseye de bu konuda bir hak bahşedilmiş olmaz.^[5]

[4] Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2014, C. 2, s. 1670 vd.

[5] Osman YAŞAR vd, age, s. 2131-2133. Kanımca burada affa uğrayan kişinin çıkarıldığı memuriyet görevine dönüşü kastedilmektedir. Bu kişinin 657 sayılı Kanununun 48.

Özel af ise ceza mahkûmiyetini değil, yalnızca cezayı ortadan kaldırır ve sadece hapis cezasının affını içerir.

Öyleyse, affa uğramış kişi hakkında esasen bir mahkûmiyet vaki olmuştur. Bu durumda, ***hakkında HAGB kararı verilen kişi, affa uğramış kişi ile de aynı statüde değildir.***

Dikkat çekeceği üzere, yukarıdaki hallerin tümünün öncesinde 5271 sayılı CMK'nın 223. Maddesinde belirtilen nitelikte bir (mahkûmiyet) hüküm bulunmakta iken, HAGB, hem hüküm niteliğinde bulunmamakta hem de bu yönüyle mahkûmiyet statüsü içermeye yeteli olamamaktadır.

c. Masumiyet karinesi ve HAGB kararı

(1) Masumiyet karinesi

Yeri gelmişken bu noktada “masumiyet karinesi” üzerinde de durmak gerekmektedir.

Masumiyet karinesi Anayasa'nın 15/2. fıkrasında “***suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.***”, 38/4. fıkrasında: “***Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz***”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6/2. fıkrasında da: “***Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.***” cümleleriyle tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, *masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Masumiyet karinesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler “hakkında suç isnadı olan kişi” statüsünde olmadıkları için bu durumda masumiyet karinesi iddiasının geçerli bir dayanağı kalmamaktadır. Ancak **suç isnadı mahkûmiyete dönüşse bile söz konusu mahkûmiyet hükmü hukuksal anlamda kesinleşmediği sürece masumiyet karinesinin devam ettiği kabulü gerekir.** Çünkü bu durumda Anayasa'nın 38/4. ve Sözleşme'nin 6/2. fıkraları anlamında kişinin suçluluğu sabit olmamıştır ve bu nedenle suçlu sayılamaz.*

Maddesindeki koşullar çerçevesinde bir başka memuriyete girebilmesi mümkün olsa gerektir.

Öte yandan ceza davasının herhangi bir nedenle düştüğü, belirli bir süre sonra şarta bağlı olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiği durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumlarda ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır.

Masumiyet karinesi, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir olması ve uygulanabilirliğin etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya bir şekilde hakkındaki ceza yargılaması devam etmeyen kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından suçluymuş gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerekir. Bu kapsamda ceza davasını takip eden “ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada” da -hukuk, disiplin gibi- masumiyet karinesine özen gösterilmelidir. Bununla birlikte -ceza yargılamasında mahkûmiyetle sonuçlanmamış aynı olaylara dayanılarak- bir kişinin disiplin suçundan suçlu bulunması veya hakkında tazminata karar verilmesi masumiyet karinesini otomatik olarak ihlal etmez. Bu kapsamda “karar vericilerin kullandıkları dil” kritik önem taşır.

Kamu otoriteleri veya görevlileri tarafından hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişiyle ilgili olarak yargılama süreci bir mahkûmiyet hükmüyle kesinlik kazanmadan suçluluğa dair herhangi bir kanaat ifade edilmiş olması ya da ceza yargılaması, mahkûmiyet dışında bir kararla sona ermesine rağmen sona ermeye ilişkin kararda sanığın suçlu olabileceğinin ifade edilmiş olması durumunda masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilecektir.^[6]

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’ne göre, ***masumiyet karinesi, ceza ve infaz hukukunda, kişilerin peşinen suçlu ilan edilmeden bazı seçenek tedbirlerden veya cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel teşkil etmemektedir.***^[7]

[6] AYM’nin 09.004.2014 tarih E: 2014/23, K:2014/77 Sayılı ve 04.11.2014 tarih ve 2013/2091 Başvuru Numaralı Kararları. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğu unutulmamalıdır. Kamu görevlisinin davranışı, suç tanımına uymasının yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında Ceza Mahkemesi hükmü, disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir Ancak bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde -delil yetersizliğine dayalı olsa bile- kişi hakkında verilen beraat kararma aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönündeki değerlendirmelerden kaçınılması gerekir.

[7] AYM’nin 17.06.2015 tarih E: 2015/23, K:2015/56 Sayılı Kararı

Masumiyet karinesi yukarıdaki gibidir. Peki HAGB kurumunun hukuki niteliği ve doğurduğu sonuçlar nelerdir?

(1) HAGB kurumunun hukuki niteliği ve sonuçları

5271 sayılı Kanununun 231. maddesine göre, yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. HAGB kararı sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaz.

Öte yandan aynı Kanununun 223. Maddesinde ifade edilen hüküm niteliğindeki kararlar arasında HAGB kararı sayılmamaktadır. Çünkü **HAGB kararı, yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden birisidir.** 5271 sayılı Kanununun 231. Maddesinde belirtildiği üzere, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmediği takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi halinde hükmün açıklanmasına karar verilir. Ayrıca HAGB kararları itiraz kanun yoluna tabiidir.

HAGB kararı verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat “kasten yeni bir suç” işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Bu çerçevede ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari işlemlerde ya da uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir.

c. 6586 sayılı Kanunun ilgili düzenlemelerinin Anayasa’ya aykırılığı

İşte 6586 sayılı Kanunun ilgili düzenlemelerinin Anayasa’ya aykırılığı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira **anılan düzenlemeler, HAGB kararı ile sonuçlanan ceza yargılamasındaki tespiti, sanığın yargılamaya konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancını yansıtan mahkûmiyet hükmüne dönüştürmekte** ve sanığı bu statüde kabul ederek kural oluşturmaktadır.

HAGB kararı her ne kadar sanığın ceza ve infaz hukukunda, bazı seçenek tedbirlerden veya cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel olmamakta ise de, bu tür tedbirler veya cezayı bireyselleştirme araçları esasen yaptırım niteliğinde olmadıklarından, HAGB kurumunun ihdas ediliş amacıyla da çelişmemektedir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında yer aldığı üzere; HAGB kararı, doğurduğu sonuçlar itibariyle maddi hukuk ve usûl hukuku açısından karma özelliğe sahiptir.^[8] Keza HAGB kararı itiraz mercii tarafından yalnızca hükmün açıklanması kararında olması gereken şekil şartlarına yönelik sınırlı olarak denetlenebilir, esasa ilişkin araştırma yapılamaz.

HAGB Kararının hukuki durumu, itiraz kanun yoluna tabi olması ve etkin bir denetime olanak tanınmaması hususları birlikte düşünüldüğünde maddi anlamda kesin bir mahkûmiyet hükmü olarak değerlendirilmemesinin nedenleri de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması halinde temyiz yasa yolunda sonuç hükmün değişmesi ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair bir karar ile etkin bir denetime sahip olan doğrudan hapis veya adli para cezasına mahkûmiyete dair bir kararın aynı nitelikte olması ve aynı hukuki sonuçlar doğurması da beklenemez.

Buna karşılık, 6586 sayılı kanundaki düzenlemeler, hem HAGB kararını mahkûmiyet hükmüne eşitleyerek Anayasal ilkelerle çelişmekte, hem de sanığın (TSK'deki) statüden çıkarılması zorunluluğu yaratarak bir tür yaptırım niteliği kazanmaktadır.

Örnek vermek gerekirse 6586 sayılı Kanundaki düzenlemeler sonrasında; kasti bir suçtan aldığı bir seneden fazla hapis cezası hakkında HAGB kararı verilen bir kişi ile aynı suçtan aldığı bir seneden fazla hapis cezasına mahkûmiyet hükmü (temyiz incelemesinden geçerek ya da temyiz edilmeksizin) kesinleşen bir kişi, aynı statüde kabul edilerek ikisinin de TSK'den çıkarılmasına karar verilecektir. Oysa etkin bir denetime tabii olmaması ve maddi hukuk anlamında kesin hüküm teşkil etmemesi bir yana, HAGB kararının, 5271 sayılı Kanunun 231. maddesi gereğince açıklanması halinde temyize tabi bir hüküm haline gelebilme, temyiz aşamasında kararın beraat yönünde bozulabilme ve bu yönde hüküm kurulabilme ihtimalinin bulunduğu bir gerçektir.

Bu ihtimal gerçekleştiğinde, üzerine atılı suçu işlediği yönünde kesin olmayan (önceki) karara (kanunla) kesin hüküm değeri verilerek statüden çıkarılan kişi, anılan suçu işlemediği (sonradan) beraat hükmüyle ortaya konduğunda, mağduriyet, hukuka aykırı bir işlemin değil hukuka aykırı bir kanunun teza-hürü olacaktır.

Dolayısıyla 6586 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeleri, 5271 sayılı CMK'nin 231/5. fıkrasındaki hükmü baş aşağı çevirerek, *HAGB kararının sanık hakkında*

[8] YCGK'nin 03.02.2009 tarih ve E: 2009/4-13, K: 2009/12 Sayılı Kararı

çok önemli hukukî sonuçlar doğurmasına yol açmakla birlikte ve bundan daha da önemli olarak, *HAGB kararını mahkûmiyet hükmüne eşitlemek suretiyle* Anayasa'yı ihlal etmektedir.

4. Sonuç:

Çağdaş ceza yargılaması hukuku, bir kişinin haksız olarak cezalandırılmasını, birçok suçlunun cezadan kurtulmasına tercih eder. Bu tercihin sadece ceza yargılaması ile sınırlı sonuç doğurduğu düşünülebilir ise de, gerçeğin bu olmadığı ceza mahkemesi hükmüne bağlanan sonuçlardan kolaylıkla anlaşılabilir.

Öte yandan devlet dâhil her sistemin/kurumun kendini koruyucu önlemlere başvurması da son derece anlaşılabilir. Ancak bir hukuk devletinde bu önlemler hukuka ve (onun cisimleştiği) Anayasa'ya uygun olmak zorundadır.

Geçtiğimiz günlerde gösterilmeye başlayan bir sinema filminde, gizli servis ajanı, karşı devlet casusunu savunmakta olan avukata, Anayasa yerine devletin çıkarlarını üstün tutarak savunma yapmasını söyler. Avukat, her ikisinin de aslen farklı milliyetlere mensup olmalarına rağmen, kendilerini aynı vatandaşlık bağıyla bir arada tutan gücün Anayasa olduğunu hatırlatarak, *göz ardı etmesini istediği şeyin aslında aralarındaki birlik bağı olduğu, bu bağ ortadan kalkarsa ikisinin de var olamayacağı* cevabını verir.

Anayasa'nın en yalın anlamı budur. Herhangi bir sistemi korumak pahasına da olsa Anayasa'yı göz ardı etmek, aslında hukuka ve dolayısıyla da devlete olan inancın sarsılması sonucunu doğurur. Oysa hukuk, devletin ve diğer tüm meşru sistemlerin taşıyıcı kolonudur.

KAYNAKÇA

Mustafa ARTUÇ: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2009

Osman YAŞAR/Hasan Tahsin GÖKCAN/Mustafa ARTUÇ: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2014

AYM'nin 17.06.2015 tarih E: 2015/23, K:2015/56 Sayılı Kararı

AYM'nin 09.004.2014 tarih E: 2014/23, K:2014/77 Sayılı Kararı

AYM'nin 17.01.2013 tarih E: 2012/80, K:2013/16 Sayılı Kararı

AYM'nin 04.11.2014 tarih ve 2013/2091 Başvuru Numaralı Kararı

YCGK'nin 03.02.2009 tarih ve E: 2009/4-13, K: 2009/12 Sayılı Kararı